

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Propuesta de implementación de la heteropuesta en
peligro consentida de la víctima dentro del delito de
estafa en Ecuador**

Daniel Sebastián Jarrín Velasco

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Daniel Sebastián Jarrín Velasco
Código: 00321419
Cédula de identidad: 0401731203
Lugar y Fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA DE LA VÍCTIMA DENTRO DEL DELITO DE ESTAFA EN ECUADOR¹

IMPLEMENTATION OF THE CONSENTED HETEROPOSITION IN DANGER OF THE VICTIM IN THE CRIME OF SCAM IN ECUADOR

Daniel Sebastián Jarrín Velasco
danielsebastianjarrin2002@gmail.com²

RESUMEN

La heteropuesta en peligro consentida de la víctima es una figura inherente a la teoría de imputación objetiva, orientada a la exclusión de la imputación por el alcance del tipo. El presente trabajo plantea la posibilidad de aplicarla en el delito de estafa, con la finalidad de implementarla como un criterio trascendental para determinar la responsabilidad penal del autor del delito. En efecto, dicho supuesto representaría una solución eficaz y razonable ante situaciones que, comúnmente, se juzgarían insatisfactoriamente con las actuales teorías causalistas y finalistas del derecho penal. Brindando así, una institución determinante para la motivación de los jueces en la individualización de la pena, en casos donde la víctima se somete a un peligro voluntariamente. Así, es esencial el estudio e implementación de esta figura para evitar sanciones injustas, e insuficientes, en una sociedad de riesgos, y un ordenamiento jurídico, reactivo a nuevas teorías jurídicas internacionales.

PALABRAS CLAVE

Heteropuesta en peligro, estafa, imputación objetiva, individualización de la pena, consentimiento del riesgo.

ABSTRACT

The consented heteroposition in danger of the victim is a figure inherent to the theory of objective imputation, aimed at the exclusion of imputation due to the scope of the type. The present work raises the possibility of applying it in the crime of scam, with the purpose of implementing it as a transcendental criterion to determine the criminal responsibility of the perpetrator of the crime. Indeed, this assumption would represent an effective and reasonable solution to situations that would commonly be judged unsatisfactory with the current causalist and finalist theories of criminal law. Thus, providing a determining institution for the motivation of judges in the individualization of the sentence, in cases where the victim voluntarily submits to danger. Thus, the study and implementation of this figure is essential to avoid unfair, and insufficient, sanctions in a risk society, and a legal system, reluctant to new international legal theories.

KEY WORDS

Heteroposition in danger, scam, objective imputation, individualization of punishment, consent to risk.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Xavier Andrade Castillo

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. TEORÍA DEL DELITO.- 6. IMPUTACIÓN OBJETIVA.- 6.1. AUTOPUESTA EN PELIGRO DE LA VÍCTIMA.- 6.2. HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA DE LA VÍCTIMA.- 7. CONSENTIMIENTO.-7.1. TEORÍA DIFERENCIADORA.-7.2. TEORÍA UNITARIA.-7.3. CONSENTIMIENTO POTENCIAL.-8. EL DELITO DE ESTAFA.-8.1. EL ARDID O ENGAÑO.-8.2. EL ERROR.-8.3. LA DISPOSICIÓN PERJUDICIAL DEL PATRIMONIO.-9. LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA DENTRO DEL DELITO DE ESTAFA.-9.1. RESPONSABILIDAD PENAL DEL TERCERO EN EL CASO DE ESTUDIO EN ECUADOR.-10. CONCLUSIONES.

1. Introducción

En Ecuador, así como en el resto del mundo, las interacciones entre personas generan hechos que le interesan al derecho. Interacciones que, en menor o mayor medida producen riesgos, en ciertas ocasiones riesgos controlados que surgen por el mismo sujeto al cual se le vulnera el bien jurídico protegido.

Sin embargo, también existen conductas en las cuales la actividad de riesgo, que sobrepasa el riesgo permitido, es ajena a la víctima; quien es capaz de conocer dicho riesgo y así aceptar la puesta en peligro de variedad de bienes jurídicos protegidos, entre ellos, la propiedad. En estos casos, surge la intriga respecto de la situación jurídica de la víctima, así como del tercero que pone en peligro, en otras palabras, cuál es la responsabilidad penal adjudicable al tercero.

De tal manera, surge la incógnita: ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la aplicación de una heteropuesta en peligro consentida de la víctima en el delito de estafa? Por ende, este trabajo de investigación se centrará en la institución jurídica de la heteropuesta en peligro consentida de la víctima dentro del delito patrimonial de estafa.

La investigación se realizará mediante una metodología deductiva, puesto que, el análisis inicial versa sobre un concepto macro, como la heteropuesta en peligro consentida, y la imputación objetiva; para posteriormente encasillar dichas premisas generales en el contexto específico del delito de estafa en el marco ecuatoriano. Así también, se utilizará una metodología comparada y cualitativa, debido que el análisis

estará respaldado por doctrina internacional, pero respecto de sistemas jurídicos iguales al ecuatoriano, es decir, con *civil law*.

Con lo cual, se abordará inicialmente la teoría del delito, enunciando sus principales caracteres o elementos, es decir que, el delito se compone por ser una conducta típica, antijurídica y culpable. El análisis se centrará respecto de la tipicidad, debido que, en esta se abordarán las instituciones de la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. A la vez, se realizará una breve mención respecto del segundo elemento -antijuricidad-, mediante el cual se dará paso al análisis del consentimiento en estas dos categorías.

Consecuentemente, se abordará el concepto de consentimiento y sus posturas referente a su aplicación teórica doctrinaria, es decir, mencionar las diferentes teorías para encasillar el consentimiento dentro de la tipicidad o la antijuridicidad. Y así, poder continuar con el análisis específico de los conceptos previos -heteropuesta en peligro y consentimiento- dentro del delito de estafa.

Para lo cual, el trabajo se enfocará específicamente en el tipo delictivo de estafa, para entender los elementos constitutivos del mismo, analizarlo ante la figura de la heteropuesta en peligro consentida de la víctima, y finalmente, determinar la responsabilidad del tercero dentro de la normativa ecuatoriana.

2. Estado del Arte

En el presente apartado se expondrá el estado respecto de la heteropuesta en peligro consentida de la víctima, sus elementos, además de cómo la doctrina y literatura más relevante lo han analizado y abordado.

La heteropuesta en peligro consentida de la víctima es una institución jurídica estudiada principalmente por Claus Roxin. Institución debatida incansablemente dentro de la esfera de la imputación objetiva, respecto de la imputabilidad del tercero que pone en peligro a la víctima, y de la víctima que, conociendo dicho peligro, acepta someterse al mismo. En palabras de Roxin la heteropuesta consentida de la víctima es: “la constelación en la que alguien no se pone en peligro a si mismo dolosamente, sino deja que otro lo haga, pero con plena consciencia de los riesgos que esto entraña”³.

Al referirnos a esta figura, se considera que la víctima debe conocer el riesgo y consentirlo, he aquí que, es evidente abordar la temática del consentimiento

³ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. y ed. por Manuel A. Abanto Vásquez. (Lima: IDEMSA, 1997). 143.

restrictivamente en materia penal, puesto que, el consentimiento entra en el debate doctrinal respecto de abordarlo dentro de la tipicidad o en la antijuridicidad.

Por lo tanto, Santiago Mir Puig refiere que, la doctrina ha entendido que el consentimiento (sentido amplio) se divide entre el acuerdo y el consentimiento (sentido estricto); el primero constituiría una exclusión de la tipicidad, mientras que, el segundo concepto justificaría la antijuridicidad⁴.

Es decir, teniendo en cuenta la disponibilidad del bien jurídico -que el bien jurídico sea individual y no supraindividual-, el acuerdo impediría la lesión del bien jurídico, mientras que, el consentimiento (sentido estricto) permitiría la vulneración al bien jurídico, pero no anula la lesión.

Sin embargo, Mir Puig reconoce que la doctrina -encabezada por Roxin- considera “en determinados casos, el consentimiento de la víctima excluye ya la imputación objetiva del hecho típico, por ser éste imputable al que consiente (así, en casos de puesta en peligro de otro con su consentimiento, en determinadas ocasiones)”⁵.

En ese sentido, Romy Chang Kcomt alude dos líneas doctrinales sobre la ubicación del consentimiento (en sentido amplio), primero la teoría diferenciadora, considera que el consentimiento puede -según el caso- dirigirse como causa de atipicidad o justificación; mientras que, la teoría unitaria entiende al consentimiento -en la totalidad de los casos- como causa de atipicidad⁶.

Ahora bien, respecto del delito de estafa, Edgardo Donna visualiza tres elementos fundamentales dentro de este tipo penal específico, los cuales son: el fraude, el error, y la disposición patrimonial perjudicial, y señala que: “tales elementos deben darse en el orden descripto y vincularse por una relación de causalidad -o si se prefiere de imputación objetiva-, de modo que haya generado error en la víctima y ésta, en base a dicho error, realice una disposición patrimonial perjudicial”⁷.

3. Marco Normativo

Uno de los aspectos importantes dentro del análisis es el consentimiento como causa de atipicidad o justificación, así como el principio de autorresponsabilidad, conceptos que si bien no cuentan con norma expresa dentro de la normativa interna penal,

⁴ Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general, 8va edición*. (Barcelona: Editorial Reppertor, 2006).

⁵ Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general, 8va edición*. 512.

⁶ Romy Chang Kcomt, *El consentimiento en el derecho penal*, dir. José Luis Gonzáles Cussac. (Valencia: Tirant lo blanch, 2020).

⁷ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001).

si encontramos normativa dentro de la Constitución de la República del Ecuador, CRE⁸. Normativa que refiere a la libre determinación y desarrollo de las personas, siempre que no afecte derechos de terceros, ante el cual podemos encontrar asidero al fundamento del consentimiento dentro del derecho, y dentro del ámbito penal como causa de atipicidad o justificación.

Así mismo, si bien la imputación objetiva no se encuentra normada expresamente en el Código Orgánico Integral Penal, COIP, -como tampoco en varios países-, la CRE refiere que, las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas en base a las normas y principios jurídicos. Permitiendo el uso de fuentes auxiliares del derecho, donde los jueces hacen y deben hacer uso de normas, principios y doctrina para fundamentar sus fallos, entre dicha doctrina, encontramos la teoría de imputación objetiva.

Aunque el COIP no regula expresamente esta corriente doctrinaria del derecho, aceptada por varios doctrinarios, puede inferir la apertura a la doctrina como fuente auxiliar, por estar en apego a las nuevas corrientes doctrinales. Esto fundamentado en el reconocimiento de los motivos para la redacción y vigencia del COIP, especialmente en su apartado respecto de la “actualización doctrinaria en la legislación penal”⁹.

Finalmente, el COIP regula el delito de estafa, marcando un tipo penal definido con sus añadidos y diferencias respecto de legislaciones extranjeras. Legislaciones que son referentes para la redacción del tipo penal dentro de la realidad ecuatoriana, manteniendo el engaño, el error, y la disposición patrimonial perjudicial como elementos fundamentales de la estafa.

4. Marco Teórico

La heteropuesta en peligro consentida de la víctima deriva directamente de la teoría de la imputación objetiva -como se mencionó previamente-, sin embargo, es importante recalcar que dicha teoría tiene dos concepciones diferentes, postuladas principalmente por Jakobs¹⁰ y Roxin, siendo este último el aceptado por la doctrina mayoritaria. Por ende, la teoría de imputación objetiva que ceñirá el respectivo análisis

⁸ Constitución de la República del Ecuador, [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

⁹ Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. 180, 10 de febrero de 2014.

¹⁰ Jakobs aborda el funcionalismo desde una perspectiva más radical, considerando al delito como la falta de lealtad a la norma jurídica. Ver, Günther Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá. (Colombia: Universidad externado de Colombia, 1998).

será la de Roxin, basada en su línea de pensamiento, respecto de los fines del derecho penal y de la pena de manera moderada, centrándose en la función social de estos.

Además, la figura de la heteropuesta en peligro consentida de la víctima tiene diferentes concepciones respecto de la responsabilidad del tercero, por lo que, la doctrina se ha dividido en las teorías de la equiparación, punición, y de la diferenciación¹¹. Esta última, propuesta por Roxin y abarcada en el trabajo, señala que se deberá analizar cada caso en particular para determinar la responsabilidad o no del tercero. Así, el tercero será impune cuando la heteropuesta en peligro consentida por la víctima sea equiparable a una autopuesta en peligro.

Derivada de la heteropuesta en peligro, es evidente la necesidad del consentimiento de la víctima, por lo que, recae la importancia en analizar el consentimiento desde la perspectiva penal, centrado en las doctrinas penal reconocidas, la unitaria y la diferenciadora¹². La primera siendo la que guiará el presente análisis, aun cuando no sea la teoría referida por la mayoría de la doctrina, pero añadiendo que en la estafa -bien jurídico patrimonio- el análisis sería similar a la segunda teoría.

Es decir, aun cuando la teoría unitaria -aceptada por Roxin- advierte que en todos los casos el consentimiento de la víctima sobre la vulneración del bien jurídico del titular se analizará dentro de la tipicidad, la postura de la diferenciación, adoptada por gran parte de la doctrina, diferencia cuándo el consentimiento se abarcará dentro de la tipicidad o de la antijuricidad.

De tal manera, con las delimitaciones teóricas referidas, la heteropuesta en peligro de la víctima consentida se analiza y subsume dentro del delito de estafa ceñido por los requisitos del tipo consagrados en la normativa ecuatoriana.

5. Teoría del Delito

Antes de referir a la heteropuesta en peligro de la víctima consentida, es menester explicar dónde se encuentra categorizada doctrinariamente. Es así como es importante abarcar la teoría del delito, que es un esquema conceptualizado para analizar, estudiar el comportamiento delictivo del ser humano y su adecuación dentro de las normas que lo prohíben y regulan.

¹¹ Claus Roxin, "La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?", *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Gobierno de España: Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 71, (2018).

¹² Romy Chang Kcomt, *El consentimiento en el derecho penal*.

Sin la finalidad de abarcar toda la historia de la teoría del delito, es importante mencionar que, esta teoría es un producto del pensamiento humano construido desde Aristóteles, el código de Hammurabi, la antigua Roma, la Santa Inquisición, Beccaria, Carrara, Kant, Hegel, Von Lizst, Lombroso, Mayer, Welzel, Bacigalupo, y demás épocas y autores hasta la actualidad¹³.

La teoría clásica -causalista- fue la primera en postular categorías para analizar la conducta delictiva, encasillada en tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad. Y este pensamiento añadía ideas causalistas naturalistas inspiradas en las teorías de Newton, especialmente su tercera ley (acción y reacción). Estas categorías serían secuenciales, además de encasillar la tipicidad y antijuridicidad como parte objetiva del injusto, y la culpabilidad respecto de lo subjetivo.

De tal manera, la tipicidad en este esquema clásico abarcaría netamente una descripción objetiva del tipo, sin implementar aún componentes valorativos; secuencialmente la antijuridicidad implicaría un análisis negativo respecto del tipo para excluirlo por alguna causa de justificación, o como lo expresa Parma “un permiso que la ley da para vulnerar bienes jurídicos protegidos”¹⁴. Finalmente, de resultar una conducta típica y antijurídica solo será sancionable si el comportamiento del autor ha sido culpable.

Las problemáticas de la teoría clásica se remontaron a la causalidad entre la acción y el resultado, respecto de cuál causa es imputable, y cuál no; aunque diferentes teorías dieron luz para resolver la problemática, como la equivalencia de condiciones, la causa eficiente, la causa adecuada, todas presentaban varias problemáticas. En este contexto el surgimiento de la teoría neoclásica marcaría la teoría del delito, agregando elementos normativos y subjetivos – ej. ánimo de lucro- en la tipicidad; mientras que en la antijuridicidad -formal- se añade una concepción material de la misma¹⁵.

Así también, se agrega la idea que una persona será culpable (culpabilidad) si la conducta cometida le es reprochable, idea que los finalistas retomarían posteriormente como el concepto de reprochabilidad; y además, en la estructura de la culpabilidad se mantenía como elemento el conocimiento de la antijuridicidad (dolo o culpa).

Posteriormente, la teoría finalista liderada por Hans Welzel dio origen al ‘desvalor de la acción’, enfocándose en la parte subjetiva de la acción, es decir, analizando

¹³ Carlos Parma, *Teoría del delito 2.0.* dir. Néstor H. Gutiérrez Miranda, Ángel Gaspar Chirinos, coord. David Balbuena Pérez, Manuel Guanes Nicoli. (Perú: Adrus D&L Editores, 2017).

¹⁴ Carlos Parma, *Teoría del delito 2.0.* 39.

¹⁵ *Ibíd.*, 44.

la intención, finalidad de quien ejecuta la acción. Parma, aludiendo a Welzel, menciona que para dicho autor:

[...] el que quiere asesinar a otro selecciona los factores causales conscientemente en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada [...] compra el arma, tiene informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al asecho, apuntar el arma, dispara; todos ellos, actos dirigidos a la meta sometidos a un plan de conjunto¹⁶.

Lo cual traslada el dolo neoclásico -que se encontraba en la culpabilidad- a la tipicidad, con sus respectivas diferencias, pues el ‘dolo natural’ -tipicidad- sería el conocimiento y voluntad de ejecutar el tipo penal, mientras que en la culpabilidad sigue constando el conocimiento de la antijuridicidad.

Es de tal manera que el finalismo, a diferencia del causalismo, discute sobre la ‘acción mala’, es decir, la conducta encaminada con la finalidad de generar un menoscabo de los bienes jurídicos protegidos, esto se conoce como el ‘desvalor de la acción’. Es así como el ser humano puede prever potencialmente -probabilísticamente- las consecuencias de su conducta, al encaminarla acorde a su plan.

Aun cuando dicha corriente doctrinaria realizó grandes aportes como la teoría del dominio del hecho, el traslado del dolo como elemento subjetivo del tipo; también presentaba problemáticas, como en los tipos imprudentes donde se sanciona al autor aun cuando éste no dirige intencionalmente su curso causal al resultado, o en los tipos omisivos en los que el autor es sancionado por no intervenir dentro de un curso causal jurídicamente relevante.

Ulteriormente se origina la corriente teórica del funcionalismo, con Roxin y Jakobs como sus máximos exponentes, quienes tratan de adecuar la política criminal con el derecho penal, situación que había sido negada anteriormente por los causalistas que separaron tajantemente la política criminal de la dogmática penal. Tal y como alude Parma:

El sistema de la teoría del delito desarrollado por Roxin, transita por una vía muy diferente: se fundamenta en la función social, en el fin (la misión) del derecho penal y de la pena, y construye el sistema basándolo en las decisiones valorativas y político-criminales que se ubican detrás de estos fines. [...]. Su idea fundamental es que la estructura del injusto se construye de acuerdo con la función que tiene encomendada el derecho penal, por el contrario, la culpabilidad (a la cual denomina ‘responsabilidad’), se edifica con base en el fin de la pena. Su sistematización no se fundamenta en criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino en funciones político-criminales (es decir, en el fin del derecho penal y de la pena)¹⁷.

¹⁶ Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung* (1969), en Carlos Parma, *Teoría del delito 2.0.* dir. Néstor H. Gutiérrez Miranda, Ángel Gaspar Chirinos, coord. David Balbuena Pérez, Manuel Guanes Nicoli. (Perú: Adrus D&L Editores, 2017). 46-47.

¹⁷ Carlos Parma, *Teoría del delito 2.0.* 38.

De tal manera Roxin, incorpora nociones que impactan dentro de la teoría del delito y su estructura, como lo son el criterio de necesidad de pena que afecta a la culpabilidad, construyendo una teoría de la responsabilidad; o alejado de los criterios ontológicos postulará que el injusto debe ampliarse regido por la teoría de la imputación objetiva.

6. La Imputación objetiva

Una problemática constante en la teoría del delito ha sido la causalidad entre la acción y el resultado, mejor llamado ‘nexo causal’, debido que el nexo causal se encuentra inmerso en toda acción que conlleva un resultado. Este concepto es prejurídico y abarca a todas las ciencias, por su fundamento natural-físico, así como refiere Cerezo Mir aludiendo a Welzel “no es una mera relación lógica, ni mucho menos imaginada, entre varios acontecimientos, sino la ley de sucesión, no perceptible, pero mentalmente captable, del acontecer real y es, por ello, tan real como el acontecer mismo”¹⁸.

De tal manera, se postuló la conocida ‘teoría de la equivalencia de las condiciones’, la cual contemplaba que toda condición era equivalente por naturaleza causal, es decir, las causas que llevaron al resultado son todas necesarias y por ende iguales.

Debido a esta equivalencia se originó la fórmula de la *conditio sine qua non*, la cual permitía encontrar la causa sin la cual no se hubiera producido el resultado. Por ejemplo, A provocó la muerte de B por un disparo, y si suprimimos mentalmente la conducta de A, B seguiría vivo; por ende, la acción causal de A fue la determinante para la muerte de B.

Sin embargo, dicha fórmula presenta varios inconvenientes puesto que, lleva a incluir infinitas causas para un resultado, las cuales carecían de relevancia jurídico penal. Además, como menciona Abanto Vásquez “la fórmula de la *conditio sine qua non* lleva a resultados insatisfactorios en ciertos casos, niega la causalidad, cuando debería afirmarla, y la afirma cuando debería negarla”¹⁹, tal es el caso del desconocimiento de la

¹⁸ José Cerezo Mir, *Derecho penal parte general*, edit. Julio César Faira. (Montevideo: Editorial B de f, 2013.) 350.

¹⁹ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. y ed. por Manuel A. Abanto Vásquez. 17-18.

virtualidad de la condición supuesta, las causas hipotéticas, causalidad compuesta, causalidad indirecta, entre otras²⁰.

Consecuentemente, ante las dificultades que presentaba el nexo causal y la teoría de la equivalencia de condiciones, como añade Cerezo Mir²¹, surgieron diversas teorías que trataron de suplir dichos problemas, como lo son la teoría de la condición adecuada y la teoría de la condición eficiente, encasilladas dentro de las teorías individualizadoras.

Así también, la imputación objetiva da luz como un intento de solución ante estas problemáticas de la teoría de la causalidad, agregando un criterio normativo para determinar la adecuación de un comportamiento al tipo penal, y si dicho comportamiento es imputable jurídicamente. Como lo expresa Abanto Vázquez citando a Larrauri “se reconoce la necesidad de elaborar criterios que limiten la relevancia-jurídico penal del gran número de acciones típicas, exigiendo que, además de la causalidad de la acción para la realización del resultado, también exista una ‘relación de riesgo’ entre ambas”²².

Es decir, la imputación objetiva ya no se centra específicamente en la disputa penal histórica respecto de la causalidad, sino que abraza la teoría de la causalidad y propone criterios, no para atacar la causalidad, sino para determinar la responsabilidad del individuo, mediante una visión político-criminal, así como lo expone Parma, “Roxin [...] trata de establecer criterios normativos por los cuales voy a imputar o atribuir un comportamiento de un sujeto por la producción del resultado. Los riesgos se pueden dominar, las causalidades no”²³.

De tal manera, Roxin en el tratamiento de los delitos de resultado establece criterios para imputar objetivamente, los cuales se estructuran en 3 niveles de imputación²⁴:

1. Creación de un riesgo Prohibido (ex ante)
2. Realización del riesgo prohibido imputable en el resultado (ex post)
3. El alcance del Tipo penal (Fin de protección del tipo)

Respecto del primer criterio -creación del riesgo prohibido-, la conducta debe crear un peligro jurídicamente relevante, que constituya un riesgo prohibido -peligro no cubierto por el riesgo permitido-. Es decir, toda actividad humana conlleva de por sí un

²⁰ Ver, Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. y ed. por Manuel A. Abanto Vázquez.

²¹ José Cerezo Mir, *Derecho penal parte general*, p. 359. Para más información ver el mismo autor 350-363.

²² Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. y ed. por Manuel A. Abanto Vázquez. 20.

²³ Carlos Parma, *Teoría del delito 2.0*. 81.

²⁴ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. y ed. por Manuel A. Abanto Vázquez. 75-158.

peligro, sin embargo, solo las conductas que sobrepasen el riesgo permitido -riesgos prohibidos- serán jurídico-penalmente relevantes. Consecuentemente, no en todos los casos la conducta peligrosa está prohibida, ya que se ven cubiertas por el riesgo permitido, puesto que, como añade Cuesta Aguado:

[...] la determinación del riesgo permitido ha de hacerse para cada caso en concreto, sin que sea posible generalizar, ni si quiera entre supuestos similares. Para ello habrán de valorarse en primer lugar las normas administrativas de control de la actividad, si es que existen, así como las normas técnicas, escritas o consuetudinarias, deontológicas o de la experiencia que rigen la actividad, etc.²⁵.

Añadiendo que, aunque no es materia del análisis, Roxin expone situaciones en las que se presentará la exclusión de la imputación (ex ante) cuando exista a) una disminución del riesgo; b) una ausencia de la creación de un peligro; c) casos de riesgo permitido -abordado previamente-²⁶.

En referencia al segundo criterio -realización del riesgo prohibido imputable en el resultado-, es importante recalcar que además del nexo de causalidad -relación causal entre acción y resultado-, debe existir una ‘relación de riesgo’. Es decir, el resultado debe provenir del riesgo prohibido que se ha creado (ex ante), por lo tanto, sin la existencia de la ‘relación de riesgo’ es imposible que se impute el resultado (imputación ex post)²⁷.

Roxin identifica determinados escenarios en los cuales se excluye esta imputación del resultado (ex post)²⁸, entre los cuales Cuesta Aguado los resume en dos “a) Si el resultado es consecuencia de la realización de otro riesgo distinto al creado por el comportamiento del autor [...] b) Si no existe incremento del riesgo de producción del resultado en relación con la conducta real”²⁹. Siendo este último los casos en los cuales el resultado hubiera acaecido tanto con la creación del riesgo prohibido, así como si la conducta se hubiere suscitado conforme a derecho.

Ahora bien, el tercer criterio -alcance del tipo- son escenarios en los cuales, aun cuando se ha creado el riesgo prohibido (ex ante) y este tiene relación de riesgo con el resultado (ex post), se presenta una excepción a la regla general de imputación.

²⁵ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. y ed. por Manuel A. Abanto Vázquez. 76.

²⁶ Ver, Claus Roxin, *Derecho penal parte general tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña (dir.), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. (Madrid: Editorial Civitas, 2010) 365-371.

²⁷ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. y ed. por Manuel A. Abanto Vázquez. 83.

²⁸ Ver, Claus Roxin, *Derecho penal parte general tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 373-385.

²⁹ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. y ed. por Manuel A. Abanto Vázquez. 84.

La imputación fracasa porque el tipo penal en su esencia no abarca dicho acontecimiento, o como diría Roxin “el radio de acción del tipo, el fin de protección de la norma del tipo [...] no comprende resultados como los que se han producido; de que el tipo no está destinado a impedir tales acontecimientos”³⁰. De aquí que surjan los supuestos contemplados en la participación en la autopuesta en peligro de la víctima, y heteropuesta en peligro de la víctima consentida.

6.1. Autopuesta en peligro de la víctima

La autopuesta en peligro de la víctima es concebida ante la existencia de casos en los cuales un partícipe es impune, porque la víctima -crea el riesgo prohibido-, y vulnera su bien jurídico protegido -resultado riesgoso prohibido-; aquí la víctima conoce y acepta el riesgo prohibido, y manipula el peligro sobre su bien jurídico protegido. Esto aplica como expone Roxin:

[...] en la medida en que el lesionado por lo menos conscientemente asume el riesgo vinculado con su conducta. Por el contrario, en la medida en que la víctima no percibe las posibles consecuencias de su conducta negligente, no es posible excluir la imputación bajo el punto de vista de la propia puesta en peligro dolosa³¹.

Es decir, el partícipe aun cuando ha contribuido para que la víctima cree un riesgo prohibido, no controla el resultado de puesta en peligro de la víctima (ex post), por lo que resulta impune, siempre y cuando la víctima consiente del riesgo prohibido que implica su conducta acepta sus consecuencias, debido a que, el fin de protección de la norma no abarca este acontecimiento. Un ejemplo de aquello es cuando A -médico- brinda una receta médica a su paciente B, y B con conocimiento de las consecuencias -riesgo prohibido- decide provocarse una sobredosis.

6.2. Heteropuesta en peligro consentida de la víctima

Por su parte, la heteropuesta en peligro de la víctima consentida refiere a casos en los cuales el sujeto al que se le vulnera el bien jurídico -víctima- conoce y acepta el riesgo que implica la conducta de un tercero -quien vulnera su bien jurídico-, o como

³⁰ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. y ed. por Manuel A. Abanto Vásquez. 131-132.

³¹ *Ibíd.*, 142.

alude Roxin “alguien no se pone en peligro a si mismo dolosamente, sino deja que otro lo haga, pero con plena conciencia de los riesgos que esto entraña”³².

Es decir, la víctima acepta la puesta en peligro de su bien jurídico protegido por parte de un tercero, por lo tanto, la diferencia con la autopuesta en peligro de la víctima recae en la proveniencia de la puesta en peligro. En otras palabras, si el peligro proviene de la propia víctima, estaremos frente a una autopuesta en peligro, mientras que si proviene de un tercero, y la víctima con conocimiento del riesgo, acepta someterse a ese peligro ‘externo’, estamos ante una heteropuesta en peligro³³.

Sin embargo, este tipo de situación ha provocado posturas disimiles en la doctrina respecto de cuando se imputará o no al tercero que tiene el control de la heteropuesta en peligro de la víctima consentida, y es así como surgen las teorías de: la equiparación, la punición, y la diferenciación -defendida por Roxin-³⁴.

6.2.1. Teoría de la equiparación absolutoria

Una parte minoritaria de la doctrina considera que, la heteropuesta en peligro de la víctima consentida es un caso concreto y especial de la autopuesta en peligro de la víctima, esto porque suponen que el principio de autorresponsabilidad imposibilita la diferenciación entre las dos figuras mencionadas, además que ven, en la heteropuesta en peligro, al tercero como un comportamiento secundario de quien se autolesiona³⁵.

Ante lo cual, Roxin³⁶ considera que, es una solución no convincente y vaga ante los casos complicados, que resulta insatisfactoria en situaciones en las cuales, por ejemplo, el tercero le exige a la víctima que consienta el ponerse en peligro, como el caso donde el ebrio presiona a la víctima para que se deje trasladar a la casa, manejando obviamente el ebrio.

Así como en los casos en los cuales el tercero, quien padece de sida, le exige a su pareja la relación sexual sin protección como ‘prueba de amor’, poniendo en riesgo a la pareja. Es evidente como en estos casos dejar en impunidad al tercero por el argumento de la ‘autorresponsabilidad’ no es suficiente y demuestra ser insatisfactorio.

³² Claus Roxin, *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. y ed. por Manuel A. Abanto Vásquez. 143.

³³ Aclarando que, el concepto de proveniencia o procedencia no significa tener el dominio del hecho, sino que está ligado al “poder de evitación”. Ver, Claus Roxin, “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal”, trad. Enrique Peñaranda Ramos, *Universidad Autónoma de Madrid* (2012).

³⁴ Ver, Claus Roxin, “La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?”.

³⁵ *Ibíd.*, 55.

³⁶ *Ibíd.*, 56.

6.2.2. Teoría de la punición

En la perspectiva totalmente contraria, igualmente abarcada por una doctrina minoritaria, se visualiza al tercero que pone a otro en peligro, consentido por este último, como responsable y punible en todos los casos³⁷. Sin embargo, como crítica se agrega que existen supuestos en los cuales la heteropuesta en peligro consentida por la víctima se puede equiparar a una autopuesta en peligro, y así el tercero resultar impune.

Por ejemplo, retomando el caso de la pareja que tiene relaciones sexuales sin protección, pero uno de ellos tiene sida; la pareja que no tiene sida es quien insiste en mantener las relaciones sexuales, aun cuando la pareja infectada se niega inicialmente comunicándole el riesgo que ello conlleva, sin embargo, la pareja ‘sana’ consiente en el acto, sin hacer caso a las advertencias de la posible mortalidad del sida y la posible ausencia de curación de dicha enfermedad.

En estos casos como dirá Roxin “lo correcto es que, desde puntos de vista normativos, el comportamiento de la mujer equivaldría totalmente a una autopuesta en peligro, por lo que procedía la absolución al hombre. Tampoco la teoría de la punición lleva siempre al resultado correcto”³⁸.

6.2.3. Teoría de la diferenciación (equivalencia absolutoria restringida)

De la crítica a las anteriores teorías y en base a los fundamentos explicados por Roxin en los años setenta -cuando expone por primera vez el concepto de heteropuesta en peligro consentida-, la doctrina mayoritaria ha considerado que no se debe ser extremista como las dos posturas previas, puesto que, se debe diferenciar y aceptar que en ciertos casos el tercero en la heteropuesta en peligro consentida por la víctima deberá ser impune, siempre que la misma equivalga a una autopuesta en peligro, distinguiendo fundamentalmente en la ‘responsabilidad sobre la puesta en peligro’.

Es decir, será punible si el tercero es quién es más responsable en la creación de la puesta en peligro, por ejemplo, el caso referido sobre el ebrio que insiste a la víctima a que se suba a su carro, aquí el sometimiento de la víctima a la voluntad del tercero no está abarcado por el principio de autorresponsabilidad. Mientras que, el tercero resultará

³⁷ Ver, Diego-Manuel Luzón Peña, “Principio de alteridad o de identidad vs. Principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo”, Universidad EAFIT: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 74 (2010).

³⁸ Claus Roxin, “La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?”. 59.

impune si la responsabilidad de la puesta en peligro recae en la víctima, por ejemplo, el caso de la chica que insiste, aun estando advertida, en la relación sexual sin protección con su pareja contagiada de sida.

En consecuencia, Roxin concibe que:

Resultan impunes dos grupos de casos de heteropuestas en peligro consentidas. El primero se da cuando la puesta en peligro resulta de una iniciativa del sujeto al que se pone en peligro que vence las objeciones del sujeto que lo pone en peligro (1). El segundo se presenta cuando se puede demostrar una confirmación equivalente y conjunta de la puesta en peligro por parte de los intervinientes (2)³⁹.

Es así como, en el primer supuesto la víctima es quien ‘provoca’ la puesta en peligro, que posteriormente recaerá sobre su mismo bien jurídico protegido; y en el segundo acontecimiento, tanto el tercero, como la misma víctima, son los creadores de la puesta en peligro, en una suerte que el suceso se ha ‘co-creado’ o configurado por estos. Como consecuencia, en los dos supuestos se debe considerar a la víctima como ‘autor’ de una autopuesta en peligro, y por ende el tercero como impune de la conducta⁴⁰.

7. Consentimiento

Ahora bien, como se puede prever, un aspecto muy importante recae sobre el consentimiento de la víctima, cuestión relevante para el análisis. Así, varios pensadores se encuentran debatiendo, en si el consentimiento recae dentro del marco jurídico de la categoría de la tipicidad o la antijuricidad, provocando que dicho consentimiento sea constituido como una exclusión del tipo -atipicidad-, o una causa de justificación de la antijuricidad.

Por ello, es menester inicialmente aludir que -aun existiendo diversas concepciones respecto de la naturaleza jurídico penal del bien jurídico protegido- Chang Kcomt considera que la finalidad legitimadora de un Estado radica en la autorrealización -libre desarrollo- de sus ciudadanos y la convivencia pacífica de los mismos. Es así que, “la restricción a la libertad mediante la imposición de una pena únicamente se legitima en tanto se afecta dicha finalidad esencial que fundamenta la existencia del Estado”⁴¹.

³⁹ Claus Roxin, “La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?”. 60

⁴⁰ Martin Lotz, *Die einverständliche, beidseitig bewusste fahrlässige Fremdschädigung*, (Berlin: Dunker & Hombolt, 2017) . 152, en Claus Roxin, “La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?”, *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Gobierno de España: Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 71, (2018).

⁴¹ Romy Chang Kcomt, *El consentimiento en el derecho penal*. 85.

Es así como el derecho penal se encuentra limitado por esta finalidad, por ende, cualquier norma penal estará limitada con el objetivo de permitir y proteger la realización de las personas. Sin intención de abarcar el ámbito constitucional, es importante aludir que dicho principio lo emana el artículo 66, numeral 5 de la CRE⁴².

He aquí el fundamento respecto de la importancia del consentimiento en materia penal, puesto que, el fin de la norma penal no abarcará los supuestos en los cuales la autodeterminación del individuo -consentimiento- permita la ‘vulneración’ o ‘puesta en peligro’ al bien jurídico protegido del titular.

Teniendo en cuenta que, aun cuando el consentimiento no se encuentra expresamente reconocido/definido⁴³ normativamente en el Ecuador -ni en varios países-, es indiscutible la vinculación directa del ordenamiento jurídico con el principio constitucional de la dignidad y autodeterminación, el cual limita, dirige y establece la función del derecho penal, en relación a la protección de los bienes jurídicos, por lo que toda sanción encuentra legitimidad ante la lesión, peligro de un bien jurídico o la disposición no consentida del mismo.

De tal manera que, la Corte Constitucional ha reconocido que en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad “toda decisión que afecte cuestiones que sólo interesan a la propia persona debe estar libre de intervenciones arbitrarias por parte del Estado o de terceros”⁴⁴.

Así mismo, la Corte Constitucional, en la misma línea de pensamiento, añade que el derecho del libre desarrollo de la personalidad está estrechamente ligado al derecho de la libertad, lo que significa que, un individuo de manera libre y en uso de sus facultades mentales puede decidir sobre circunstancias que le afecten a él, sin repercusión en derechos de terceros, por lo cual en ningún caso puede obligársele a actuar en cómo los demás consideren apropiado, puesto que dicha decisión es inherente al individuo y de carácter privado⁴⁵.

⁴² Artículo 66.5, CRE.

⁴³ Cabe recalcar que, si bien no existe una definición normativa, el Código Civil ecuatoriano alude constantemente a la importancia del consentimiento, siendo este intrínseco a la voluntad de las partes. Así también, diversos instrumentos internacionales mencionan y aluden, sin definir dicha figura, la importancia del consentimiento en varias áreas del derecho, como, por ejemplo: *Ver*, Recomendación general del comité de expertas del MESECVI (No.3): La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género, Mecanismo de Seguimiento Convención Belém do Pará (MESECVI), Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/II/7.10, 7 de diciembre de 2021.

⁴⁴ Sentencia No. 13-18-CN/21, Corte Constitucional del Ecuador, jueza ponente Daniela Salazar Marín, 15 de diciembre de 2021, párr. 32.

⁴⁵ Sentencia No. 67-23-IN/24, Corte Constitucional del Ecuador, juez ponente Enrique Herrería Bonnet, 05 de febrero de 2024, párr. 58.

Sin embargo, esta concepción da luz siempre y cuando no se afecten derechos de terceros, y es por esto por lo que la doctrina mayoritaria ha diferenciado entre los bienes jurídicos disponibles e indisponibles.

Los disponibles son aquellos donde el único titular y quien puede disponer de ellos es el individuo, sin llegar a afectar el interés legítimo de terceros; mientras que, los indisponibles no pueden ser de total disposición del individuo, puesto que está intrínseco un interés general/colectivo -visión paternalista del Estado-. Como lo menciona Cerezo Mir “El consentimiento no puede eximir de responsabilidad en los delitos en que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, es decir, cuyo portador sean la sociedad o el Estado”⁴⁶.

Sin intención de ahondar más en la discusión sobre la disponibilidad o no de los bienes jurídicos, así como de la autodeterminación de los individuos, lo importante es que, el consentimiento del titular será relevante penalmente para excluir el tipo o justificarlo exclusivamente en los bienes jurídicamente protegidos disponibles -individuales-, recalcando que la doctrina acuerda que la propiedad se encuentra en este ámbito⁴⁷.

Ahora bien, realizada dicha apreciación, la doctrina se encuentra dividida respecto del consentimiento como causa de atipicidad o como justificación de la antijuridicidad, y ante aquello surgen dos teorías, la unitaria y la diferenciadora, denotando que la primera es considerada por Roxin⁴⁸, y la última es la adoptada por la mayoría de la doctrina.

7.1. Teoría Diferenciadora

Como se mencionó, la mayoría de la doctrina considera que, en caso de los bienes jurídicos protegidos disponibles, hay que separar el consentimiento -en sentido amplio- en dos casos, primero en el ‘acuerdo’ que será causa de atipicidad, y segundo en el consentimiento ‘en sentido estricto’ como causa de justificación.

Es por tanto que el primer grupo -acuerdo- se dará en ciertos delitos, los cuales atentan de manera directa contra la voluntad de la víctima, es decir contra el consentimiento de la víctima sobre su bien jurídico. Por ejemplo, una detención será ilegal

⁴⁶ José Cerezo Mir, *Derecho penal parte general*. 647.

⁴⁷ Ver, Romy Chang Kcomt, *El consentimiento en el derecho penal*. 144.

⁴⁸ Ver, Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho penal parte general Tomo II. Teoría del Delito, tercera edición*, (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2022). 457.

cuando sea en contra de la voluntad del individuo, puesto que, si el individuo consiente en que se lo detenga, ya no habrá ilegalidad, lo cual conlleva a que no se transgreda el bien jurídico protegido y por ende sin lesión, debido que hay un ‘acuerdo’, no se cumple el tipo -atipicidad-.

Mientras que, en la segunda acepción -consentimiento en sentido estricto-, el consentimiento de la víctima no elimina la lesión del bien jurídico, es decir, se cumple la tipicidad, pero el consentimiento del titular excluye la antijuridicidad del delito. Un ejemplo de este caso sería en las cirugías estéticas, puesto que el daño material al bien jurídico protegido si se configura, sin embargo, el consentimiento ‘en sentido estricto’ justifica dicha lesión material, puesto que, si bien no se impide la lesión del bien jurídico, si se la permite⁴⁹.

Es importante señalar que, en el primer caso -acuerdo- no es necesario que el tipo penal especifique la vulneración de la voluntad del sujeto pasivo -consentimiento-, sino que esto también se da en delitos como los que atacan contra la propiedad, en la cual la disposición del bien jurídico -consentimiento- está implícita, así como alude Mir Puig al decir que “ello también sucede en delitos que no parecen exclusivamente dirigidos a atacar la voluntad ajena, como los delitos contra la propiedad”⁵⁰.

7.2. Teoría Unitaria

Por el contrario, la teoría unitaria y quienes la defienden no realizan una distinción entre ‘acuerdo’ y ‘consentimiento en sentido estricto’, esto fundamentado en la teoría liberal del bien jurídico, es decir, sea que el bien jurídico se considere desde el Estado o el individuo, la protección de los bienes jurídicos serán legítimas siempre que se encuentren encaminados al desarrollo individual de los ciudadanos.

De tal manera, considerando los bienes jurídicos como parte del libre desarrollo de cada uno, Roxin considera que “no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión”⁵¹.

Por ende, siempre se excluirá la tipicidad en la conducta al no existir una vulneración del bien jurídico -disponible- ante el consentimiento efectivo de su titular,

⁴⁹ Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 8va edición. 507-513.

⁵⁰ *Ibid.*, 510.

⁵¹ Claus Roxin, *Derecho penal parte general tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 517.

debido a que la norma penal ante el consentimiento refleja la protección a la libertad de acción garantizada a nivel constitucional.

En similar línea Chang Kcomt, interpretando a Bacigalupo, añade que en los casos donde sea fundamental el consentimiento, la acción del tipo se produce cuando se lesione el 'dominio autónomo' de la víctima o sujeto pasivo. Es decir, se lesiona la voluntad del individuo respecto a la disposición de su bien jurídico, por ende, cualquier lesión 'material' del bien jurídico resulta irrelevante, y consecuentemente el consentimiento implicará la exclusión del tipo⁵².

Sin embargo, dentro del ámbito de análisis del presente trabajo se abarca el delito de estafa, es decir el bien jurídico protegido por tratar es la propiedad/patrimonio, siendo así que la teoría por aceptar es la unitaria, aunque cabe recalcar que el presente análisis no es incompatible con la teoría diferenciadora.

Esto debido que, para la teoría unitaria, el consentimiento se encasillaría en la tipicidad, al igual que para la diferenciadora -dentro del tipo de estafa-, puesto que esta última considera que la propiedad -bien jurídico disponible- forma parte de la disposición del individuo. Por ende, los tipos penales que protejan a este bien jurídico van ligados intrínsecamente al consentimiento -acuerdo-, por lo cual también recae en la tipicidad los delitos que atentan contra el patrimonio/propiedad⁵³.

7.3. Consentimiento Potencial

En este contexto, Chang Kcomt se ciñe por una teoría unitaria⁵⁴, pero difiere de la solución de la imputación objetiva -alcance del tipo- en los casos de auto y heteropuesta en peligro de la víctima consentida, puesto que, para la autora estos supuestos pueden presentar solución previa a la imputación objetiva, netamente con el consentimiento como criterio de atipicidad, esto porque la autora liga el precepto de riesgo permitido junto con el consentimiento.

Es decir, Chang Kcomt considera que, una conducta estará dentro del riesgo permitido siempre y cuando el titular del bien jurídico consienta sobre el riesgo de la vulneración, es así como el riesgo prohibido se configurará cuando sea contrario a consentimiento.

⁵² Enrique Bacigalupo, *Principios del derecho penal. Parte general, cuarta edición*, (Madrid: Akal, 1997) 200, en Romy Chang Kcomt, *El consentimiento en el derecho penal*, dir. José Luis Gonzáles Cussac. (Valencia: Tirant lo blanch, 2020). 208.

⁵³ Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general, 8va edición*. 510.

⁵⁴ Romy Chang Kcomt, *El consentimiento en el derecho penal*. 214-231.

Por ejemplo, señala que en una barbería, si la persona acepta que se le afeite sin la crema de afeitar, esto seguiría siendo riesgo permitido, mientras que, si el titular se queda dormido, y fue a que le corten el pelo, pero el barbero le afeita, aun con la crema de afeitar, crea un riesgo prohibido porque se ha vulnerado el consentimiento -libertad de disposición del titular del bien-, puesto que, como señala en los casos de incremento del riesgo, el consentimiento “es presupuesto de la permisión que el riesgo exige”⁵⁵.

Es importante señalar que, la autora realiza su análisis dentro de los delitos imprudentes, dando origen a su idea del ‘consentimiento potencial’, aunque también acepta la aplicabilidad de su concepto dentro de los delitos dolosos, al mencionar que “el consentimiento potencial no solo servirá para dar respuesta a los casos [...] de una acción imprudente [...] sino también para los casos en los que el sujeto consienta respecto de las consecuencias (riesgo) [...] de una acción dolosa”⁵⁶.

Consecuentemente, define al ‘consentimiento potencial’ como la aceptación en el “riesgo potencial que supone la realización [...] de acción, el mismo que es previsto por quien brinda su consentimiento para la realización de la acción desvalorada, pero otorgado con la esperanza de que no se concrete el resultado lesivo”⁵⁷. Ante lo cual es notable que, la víctima, aun cuando su conducta sea imprudente -irresponsable-, puede consentir respecto de la posibilidad de un resultado previsible, aunque no deseable, pero que es probable de la realización de la acción, sea dolosa o culposa por parte del autor.

Aunque la concepción del ‘consentimiento potencial’ la autora la propone como una solución diferente a la imputación objetiva en los casos de auto y heteropuesta en peligro, puesto que, lo postula como un análisis previo al alcance del tipo -finalidad de protección del tipo-, es importante destacar que el consentimiento se puede efectuar sobre un riesgo potencial -azaroso-, siempre que sea previsible.

Además, cabe mencionar que Roxin también dedica unas palabras a esta posición de la doctrina respecto de resolver la heteropuesta en peligro mediante un análisis del consentimiento como causa de atipicidad. Así también, compartiendo la idea de Cancio Melía, la responsabilidad penal de un tercero en una heteropuesta en peligro consentida no debe depender únicamente de la declaración de voluntad del titular del bien, sino que también debe ser analizada con criterios normativos de imputación objetiva⁵⁸.

⁵⁵ Romy Chang Kcomt, *El consentimiento en el derecho penal*. 234.

⁵⁶ *Ibid.*, 237.

⁵⁷ *Ibid.*, 237.

⁵⁸ Claus Roxin, “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal”. 8-18.

En suma, añade que, en objeción al consentimiento como causa de atipicidad “una renuncia a un bien jurídico propio no se puede hablar cuando alguien quiere conservar ese bien jurídico y parte de la suposición de que el riesgo al que se expone no conducirá a un daño”⁵⁹.

Ante lo cual reafirma que, la situación de la heteropuesta en peligro de la víctima consentida no es una cuestión de consentimiento, puesto que, el tercero en la heteropuesta en peligro no será impune siempre que la víctima consienta respecto del riesgo, sino únicamente cuando la conducta se equipare a la autopuesta en peligro, mediante los requisitos expuestos previamente en la teoría de la diferenciación.

Además, el resultado lesivo debe ser producto del riesgo aceptado, y no diferente a este; la responsabilidad tanto de la víctima, como del tercero debe ser la misma, y los dos deben ser conscientes del riesgo en igual medida⁶⁰.

8. El delito de Estafa

Por otra parte, es importante para materia del presente análisis enfocarse específicamente en el delito de estafa, es así como dentro de este tipo penal la primera discusión que se presenta es sobre su bien jurídico protegido.

El COIP encasilla al tipo penal de estafa en la sección novena⁶¹, dentro de los delitos que atentan contra la propiedad, sin embargo, la doctrina critica esta terminología de ‘propiedad’, pues consideran que lo óptimo es considerar al patrimonio como bien jurídico protegido. Englobando así, no solo la propiedad como los objetos materiales, sino el patrimonio en su totalidad, tomando en cuenta los derechos subjetivos que el individuo puede tener sobre sus bienes, por ejemplo, la posesión y hasta las expectativas⁶².

Además, recalcando como dice Donna, “la función de los rótulos que encabezan los distintos tipos penales no es necesariamente la determinación del bien jurídico protegido, [...] de modo que el título al que se alude desempeña una función meramente ilustrativa”⁶³.

De tal manera, el bien jurídico que protege la norma penal del delito de estafa es el patrimonio. Añadiendo que, dentro del delito de estafa es más evidente que se protege

⁵⁹ Claus Roxin, “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho Penal”. 9.

⁶⁰ Claus Roxin, *Derecho penal parte general tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 395.

⁶¹ Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. 180, 10 de febrero de 2014.

⁶² Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 262-270.

⁶³ *Ibid.*, 262-263.

el patrimonio como conjunto, sin la finalidad de proteger un bien en específico, a diferencia de otros delitos como el robo. En palabras de Donna “no se persigue la protección de la propiedad [...] sino el resguardo de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío de una persona, [...]”⁶⁴.

Sin embargo, la discusión doctrinaria se centra respecto del concepto de patrimonio, ante el cual se postulan 4 teorías: 1) concepto jurídico; 2) concepto económico; 3) concepto mixto; y 4) concepto personal⁶⁵. Sin la intención de abordar cada definición y sus diferencias, es relevante aludir que la postura adoptada por la doctrina mayoritaria, por su practicidad, es el concepto mixto de patrimonio.

Es decir, se considera al patrimonio como el conjunto de derechos y bienes valorados económicamente, y protegidos por el derecho. Dicha postura intermedia, ni tan amplia ni tan restringida, señala que “únicamente pueden considerarse incluidos en la tutela aquellos bienes y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el derecho, pero siempre que no contradigan el sistema de valores de nuestra Constitución”⁶⁶.

Dicho esto, el COIP engloba a la estafa dentro del artículo 186 redactando el delito de estafa de la siguiente manera:

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. [...] ⁶⁷.

Por lo que resulta notorio que los elementos que componen al tipo son 4, aunque la doctrina mayoritaria considera solo 3: 1) el ardid o engaño, 2) el error, y 3) la disposición perjudicial del patrimonio -de la víctima-⁶⁸; remarcando que el cuarto elemento que exige nuestro ordenamiento es 4) el beneficio patrimonial -por parte del autor o un tercero-.

Aun así, es suficiente considerar solo los 3 primeros elementos, puesto que, el 4) requisito la doctrina lo entiende como el ánimo de lucro del actor⁶⁹. Además, dichos

⁶⁴ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 264.

⁶⁵ Ver, Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 7-16.

⁶⁶ *Ibíd.*, 269.

⁶⁷ Artículo 186, COIP.

⁶⁸ Ver, Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 273-318.

⁶⁹ Antón Oneca, *La estafa y otros engaños* (Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 1958). 70, en Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001).

elementos deben ocurrir de forma sucesiva y causal, es decir el engaño debe ser causa del error, y la disposición perjudicial del patrimonio debe ser producto del error.

8.1. El ardid o engaño

Se puede afirmar que dicho elemento es esencial para el tipo penal de estafa, al ser el elemento inicial que origina la conducta, pues sin este, aun cuando se dé el error y la disposición patrimonial perjudicial, la conducta será atípica. Donna refiriéndose a Antón Oneca lo define como “la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”⁷⁰. Así, se entiende como ardid o engaño a las diversas modalidades por las que se caracteriza la estafa, las cuales en nuestro ordenamiento jurídico penal son 1) la simulación de hechos falsos, 2) deformación u ocultamiento de hechos verdaderos.

Sin embargo, el ardid es considerado como la falsedad en la realidad externa-material, mientras que el engaño es la falsedad provocada dentro de la mente del sujeto pasivo⁷¹. Aunque, la doctrina reconoce dos criterios respecto del engaño/ardid, uno de manera limitada y otro más amplio.

Sin querer ahondar en esta discusión, es necesario mencionar que, el primer criterio -restringido- considera que no toda forma de engaño obtiene relevancia penal, puesto que, el engaño penal debe estar revestido de maquinaciones aptas en formas y medios para provocar error en el sujeto pasivo. Es decir, las simples palabras no constituyen engaño, a este criterio es lo que se conoce como la *mise en scene*⁷².

Aunque, el mencionado criterio restringido ha tenido muchas críticas, por lo que la mayoría doctrinaria considera con mayor asidero el criterio amplio, respecto del cual se considera que no importa qué tan maquinado o refinado sea el engaño, lo importante y necesario es que sea idóneo para inducir al error.

Es decir, se adquiere un enfoque dirigido a un engaño susceptible para engañar a la víctima y que sea difícilmente verificable por la misma, o como alude Donna siguiendo a Finzi “la intensidad del engaño no debe medirse sobre la base de la prudencia mediana, sino con arreglo a las condiciones intelectuales personales del engañado en cada caso”⁷³.

⁷⁰ Antón Oneca, *La estafa y otros engaños* (Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 1958). 80, en Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001).

⁷¹ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 279.

⁷² *Ibid.*, 275-278.

⁷³ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 277.

Sumado a esto, Donna sin compartir en su totalidad criterios de imputación objetiva⁷⁴, pero basándose en la idea de considerar el elemento engaño desde una perspectiva social, considera que ‘engaño’ estará delimitado por las costumbres sociales, de las cuales se desprenderá qué se considera engaño, y por el contrario, qué conductas serán aprobadas o toleradas por el tráfico social⁷⁵.

Entre las diversas modalidades de ardid-engaño, Donna ejemplifica diferentes tipos de fraudes⁷⁶. Primero, los relativos a la persona del autor, es decir, aquellos engaños que operan respecto de la identidad del autor del delito. Segundo, los referentes a la capacidad o actividad económica del autor, en otras palabras, cuando el engaño recae en aparentar bienes o derechos que no pertenecen al patrimonio del autor, o características y capacidades ajenas a la persona jurídica. Tercero, los correspondientes a relaciones personales con terceros, donde el autor falsea respecto de su calidad como representante legal de un tercero.

Y, por último, los relativos al abuso de la relación del autor con la víctima, sin referirse al abuso de confianza como tipo penal, sino más bien como una modalidad del engaño. Es decir, el autor premeditada y dolosamente forja una relación con la víctima para ganarse su confianza, y posteriormente estafarla como lo tenía planeado, como alude Soler “constituirá ardid solamente cuando la confianza sea el resultado intencionalmente procurado para abusar de ella”⁷⁷.

8.2. El error

El error debe ser consecuencia del engaño, y se lo entiende como “un conocimiento viciado de la realidad”⁷⁸, o el “estado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial”⁷⁹.

Es decir que, el engaño provoca en la víctima un conocimiento viciado, por el cual consecuentemente consciente en la disposición perjudicial de su patrimonio. Por

⁷⁴ Ver, Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano, y Carlos Suárez González, *Manual de derecho penal. Parte especial: delitos patrimoniales y económicos*. (España: Centro de estudios Ramón Areces, 1993). 279.

⁷⁵ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 283.

⁷⁶ *Ibíd.*, 295-299.

⁷⁷ Sebastián Soler, *Derecho penal argentino. Tomo IV*, actualizador Manuel Bayala Basombrio. (Buenos Aires: Tipográfica editora argentina, 1996) 364.

⁷⁸ Miguel Bajo Fernández, y otros, *Manual de derecho penal. Parte especial: delitos patrimoniales y económicos*. 282.

⁷⁹ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 299.

ende, el error puede ser propio e impropio, siendo el primero un conocimiento errado de un hecho de la realidad; y el segundo -impropio-, es el desconocimiento de un hecho de la realidad.

Es así como el engaño modifica la realidad, provocando en la psiquis de la víctima la existencia de un conocimiento viciado -error-, por el cual la víctima procede a disponer de su patrimonio, sin saber que lo está haciendo perjudicialmente. Por ello, en la estafa, a diferencia de otros tipos penales, la víctima entrega voluntariamente su patrimonio. He aquí la importancia de dicho elemento, puesto que, aun habiendo disposición perjudicial del patrimonio, si no existe error no se puede constituir delito. Así, el error debe ser causa de la disposición perjudicial, y este será esencial y determinante.

Como se puede percatar, el error tiene una suerte de puente entre el engaño y la disposición perjudicial. Es decir, se puede diferenciar dos momentos, el primero la relación causal engaño-error, y segundo la relación causal error-disposición perjudicial, y de tal manera esos tres elementos son secuenciales.

Respecto del primer momento, es fundamental analizar la idoneidad del ardid o engaño, por ende, lo medular del tipo es identificar que el engaño haya sido apto para producir un error en la víctima. Consecuentemente Donna reconoce que “cuando el ardid o engaño no es idóneo para producir el error de la víctima, no será posible tener por satisfecha dicha relación. El error no habrá sido consecuencia del engaño [...] sino [...] en otra causa distinta.”⁸⁰.

Por lo tanto, para corroborar la idoneidad del engaño-ardid se recurre a un criterio objetivo-subjetivo. El primero, mediante un sentido ‘social’ del engaño, toma en cuenta si el engaño sería apto para un individuo medio en el marco social-comercial; mientras que el criterio subjetivo refiere a las circunstancias personales del individuo, es decir dependerá de cada caso para analizar la edad, situación, grado de sugestión del sujeto pasivo, aun frente a los engaños más burdos⁸¹.

8.3. La disposición perjudicial del patrimonio

Este último elemento, se concibe en palabras de Valle Muñiz como “aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error, que conllevará de manera

⁸⁰ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 310.

⁸¹ *Ibid.*, 311.

directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero”⁸², por lo que es evidente la existencia de la relación causal entre los elementos ya referidos previamente.

Además, el perjuicio puede darse en el engañado, como en el tercero, considerando dicha disposición patrimonial desde un sentido amplio -cualquiera con valor económico-. Sin embargo, sea el perjuicio para el engañado o para el tercero, es fundamental para la configuración típica del delito, que la víctima sea quién realiza la contribución⁸³.

Finalmente, dicha relación de causalidad entre los elementos también es considerada por catedráticos de la imputación objetiva, como Bajo Fernández y otros. Quienes señalan la posibilidad de imputar objetivamente una estafa siempre que el riesgo prohibido sea creado gracias el engaño, y concluya en la disposición perjudicial del patrimonio provocado por el error, esto porque la norma protege al patrimonio de dicha vulneración siempre que esté esencialmente ligada al error⁸⁴.

9. La heteropuesta en peligro de la víctima consentida dentro del delito de estafa

Por lo tanto, es medular implementar los criterios de la imputación objetiva dentro de la estafa, para poder determinar si la figura de la heteropuesta en peligro de la víctima consentida es aplicable al tipo penal en específico. De tal manera es relevante vincular los conceptos previos. Por ende, para que se pueda imputar objetivamente una estafa, se requiere que el autor del delito doloso de estafa cree un riesgo prohibido mediante el engaño, el cual induzca al error, y consecuentemente, dicho riesgo se concrete en un resultado prohibido, que será la disposición perjudicial del patrimonio de la víctima.

Para visualizarlo de forma más sencilla, en la estafa caben los criterios de imputación objetiva de la siguiente manera:

⁸² José Manuel Valle Muñiz, *Delito de estafa: delimitación jurídico penal* (Barcelona: Bosch, 1988). 214 en Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 314-315.

⁸³ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la propiedad*. 315.

⁸⁴ Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano, y Carlos Suárez González, *Manual de derecho penal. Parte especial: delitos patrimoniales y económicos*. (España: Centro de estudios Ramón Areces, 1993). 284.

Gráfico No. 1. Criterios de imputación objetiva en la estafa.



Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, la problemática resulta al tratar de incluir la institución jurídica de la heteropuesta en peligro consentida de la víctima dentro de la estafa, para lo cual, es necesario que la víctima tenga conocimiento de la creación del riesgo prohibido, o que el mismo sea previsible, y posteriormente que la víctima consienta correr el riesgo prohibido.

Sin embargo, a priori las dos figuras son incompatibles, debido que la estafa requiere del engaño, es decir, del desconocimiento o deformación de hechos de la realidad que induzcan a la víctima al error; mientras que la heteropuesta en peligro exige el conocimiento del riesgo por parte de la víctima, por lo que aparentan una contradicción entre figuras.

Es así como, se identifica dos extremos: 1) donde la víctima desconoce el riesgo, por ende, el engaño es absoluto; y 2) donde la víctima conoce la totalidad del engaño, por lo tanto, no hay posibilidad de existencia de una puesta en peligro (riesgo probabilístico). Lo cual es más didáctico observarlo de la siguiente manera:

Gráfico No. 2. Rango de conocimiento de la víctima en la estafa.



Fuente: Elaboración propia.

Como es evidente, en el primer extremo si la víctima desconoce el engaño y el riesgo, se consuma la estafa sin poder incluirse la heteropuesta en peligro de la víctima. Mientras que, en el segundo extremo, la víctima conoce absolutamente el engaño, en consecuencia, no puede inducirse al error, por lo que, al faltar un elemento del tipo, la conducta es atípica.

Si en este último supuesto, la víctima aun conociendo la totalidad del engaño, acepta disponer perjudicialmente de su patrimonio, estaremos ante una causa de atipicidad por el consentimiento de la víctima, es decir, a la teoría aludida previamente por Romy Chang Kcomt -dentro del sub-epígrafe 7.1. del presente trabajo-. Sin embargo, esto no es una heteropuesta en peligro consentida, puesto que, la persona no ha consentido en un riesgo -porque no existe-, sino que consintió en la vulneración de su bien jurídico patrimonio -atipicidad-.

Consecuentemente, resulta muy complicado la implementación de la heteropuesta en peligro de la víctima dentro de la estafa. Pero, excepcionalmente parece que, en un punto medio donde el engaño sea previsible para que la víctima lo consienta, y además el error sea idóneo para que disponga perjudicialmente de su patrimonio, podrían confluír estos dos conceptos, de la siguiente manera:

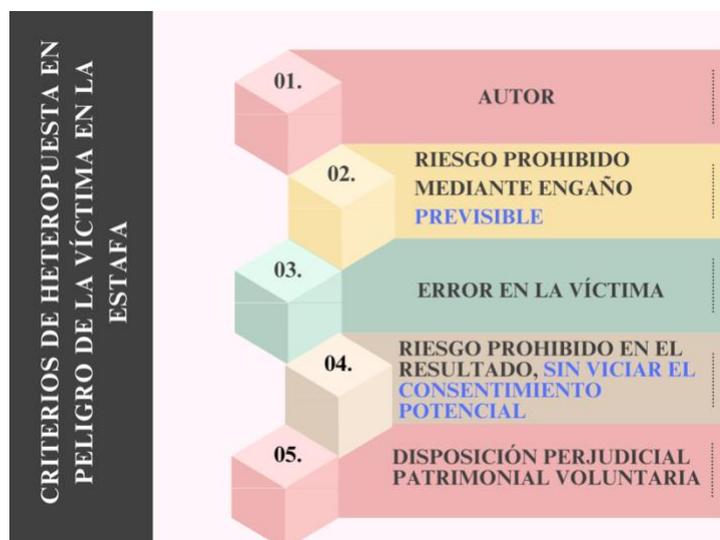
Gráfico No. 3. Grado de previsibilidad del riesgo en la Heteropuesta en peligro de la víctima en la estafa.



Fuente: Elaboración propia.

Por lo tanto, teóricamente para que dichos conceptos convivan y existan es necesario una conducta que cumpla con los siguientes requisitos: 1) creación de un riesgo prohibido mediante el engaño, 2) dicho engaño sea previsible -conocimiento potencial- por la víctima, 3) la víctima consienta potencialmente sobre ese riesgo prohibido, 4) el error producto del engaño sea idóneo, sin viciar el consentimiento, y 5) la víctima disponga errónea y perjudicialmente del patrimonio, conducta graficada de la siguiente manera:

Gráfico No. 4. Criterios de heteropuesta en peligro de la víctima en la estafa.



Fuente: Elaboración propia.

Por lo que, es fundamental señalar que el error vicia el consentimiento siempre y cuando “el sujeto se haya hecho una falsa representación de lo que realmente acontecerá en la realidad, generándose una ausencia en la conciencia de disposición sobre el bien jurídico”⁸⁵. Así, se distingue cuándo el error atenta al motivo o el fin, siendo que la finalidad refiere al para qué, es decir, el objetivo que se pretende alcanzar; mientras que el motivo alude al por qué, en otras palabras, a las razones por las cuales se dio el consentimiento.

Consecuentemente, si existe error en el motivo, pero este no afecta a la finalidad, el consentimiento será válido, por el contrario, si el error afecta a la finalidad se tendrá por viciado el consentimiento⁸⁶. Por lo tanto, es necesario para la conformación de la heteropuesta en peligro de la víctima en el delito de estafa, que el error recaiga sobre el motivo, pero no sobre la finalidad. De tal manera, el error será idóneo para que la víctima disponga perjudicialmente de su patrimonio; sin atentar al consentimiento de la misma sobre el riesgo prohibido previsible.

Para que esto se entienda de mejor manera, es necesario postular un ejemplo. B tiene \$100.000,00 y pretende generar ganancias poniendo ese dinero a plazo fijo, para obtener el mayor interés posible; es así como se dirige a tanto bancos como cooperativas conoce, a escuchar ofertas, entre las cuales el interés máximo ofrecido por dichas entidades es del 9% -riesgo permitido-.

Sin embargo B necesita y quiere una ganancia mayor, lo cual llega a oídos de A (estafador), quien le propone a B un interés a plazo fijo del 20% -riesgo prohibido-; a pesar de aquello, B consiente de lo riesgoso de dicha oferta no acepta, pero A utiliza medios idóneos para inducir al error de B -mencionados en el sub-epígrafe 8.1- tales como ganarse la confianza de B, invitándolo a comer, teniendo reuniones familiares, etc., además de mencionarle que actúa en representación legal de C, quien es un economista muy reconocido.

De tal manera, B teniendo la previsibilidad de la conducta riesgosa, es decir, que el interés ofrecido es exageradamente alto-, dispone perjudicialmente de su patrimonio de manera errada por los medios fraudulentos empleados por A.

En el mencionado ejemplo, es notorio que existe 1) la creación de un riesgo prohibido -un interés mayor a lo establecido por ley y a la experiencia financiera- por

⁸⁵ Romy Chang Kcomt, *El consentimiento en el derecho penal*. 287.

⁸⁶ *Ibíd.*, 289.

parte de un tercero (estafador), sin existir un error sobre el mismo -sin error en la finalidad-, porque 2) la víctima tenía previsibilidad sobre la peligrosidad de la conducta, y aun así 3) consintió sobre la misma, sin esperar el resultado malo, sino el favorable, pero consintiendo potencialmente sobre el mismo -resultado desfavorable-.

Sin embargo, 4) las conductas idóneas -error en el motivo- de A, como falsear sobre su relación con terceros y utilizar la confianza como medio del engaño, 5) indujeron a B en la disposición perjudicial de su patrimonio.

9.1. Responsabilidad penal del tercero en el caso de estudio en Ecuador

De tal manera, se evidencia la posibilidad excepcional de la existencia de estos dos conceptos jurídicos, la estafa y la heteropuesta en peligro de la víctima consentida. Sin embargo, es fundamental aclarar que aun cuando esto es posible, en todos los casos la heteropuesta en peligro de la víctima dentro del delito de estafa nunca será equiparable a la autopuesta en peligro, y por ende el tercero siempre será responsable penalmente.

Esto porque, para que el tercero sea impune objetivamente la heteropuesta debe equipararse a un autopuesta en peligro de la víctima -teoría de la diferenciación abarcada en el sub-epígrafe 6.2.3.-. Es decir, además de los requisitos para que surja esta equivalencia entre figuras, es necesario que el conocimiento del riesgo que tiene la víctima sea igual que el conocimiento del tercero -circunstancia mencionada en el sub-epígrafe 7.3.-.

Dicha situación, en la estafa es imposible que se cumpla, aun en el supuesto excepcional expuesto previamente, puesto que, el estafador desde un inicio pretende defraudar a la víctima, mientras que la víctima no pretende que se le defraude. Así, aunque el resultado es previsible y consentido por la víctima, en ningún caso el conocimiento del riesgo es el mismo por parte de los dos sujetos.

Po lo tanto, la heteropuesta en peligro consentida de la víctima en la estafa, nunca eximirá de responsabilidad penal al tercero. Sin embargo es prudente alegar que, esta puesta en peligro de la víctima debe tener relevancia sobre la situación jurídica penal del tercero.

Si bien, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es imposible catalogar esta heteropuesta en peligro consentida como atenuante, porque los atenuantes son taxativos y se encuentran regulados en el artículo 45 del COIP⁸⁷, resulta proporcional que dicha

⁸⁷ Artículo 45, COIP.

heteropuesta en peligro sea considerada para la individualización de la pena al momento de la motivación y decisión de los jueces.

Tal y como lo contempla el artículo 54 de COIP, el juzgador debe individualizar la pena para cada persona observando -entre varias circunstancias- “las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos”⁸⁸. Por lo que, la figura de la heteropuesta en peligro consentida de la víctima en el delito de estafa puede y debería formar parte de la motivación del juzgador para la individualización de la pena. Es decir, optar en estos casos excepcionales por la pena mínima contemplada en el delito de estafa.

10. Conclusiones

El estudio de la figura de la heteropuesta en peligro consentida por la víctima dentro del delito de estafa permitió llegar a ciertas consecuencias jurídicas. Se evidenció que, por regla general, la estafa y la heteropuesta en peligro son incompatibles, porque 1) si la víctima desconoce totalmente del engaño, se configura la estafa, y no existe heteropuesta; mientras que, 2) si la víctima conoce del engaño total, aun aceptando someterse a la vulneración de su bien jurídico, no habrá estafa ni heteropuesta en peligro, debido al consentimiento como causa de atipicidad.

Sin embargo, como excepción a la regla general, estas dos figuras son compatibles, siempre que, el error en la víctima sea idóneo, pero no vicie el consentimiento de la víctima. De tal manera, la víctima puede consentir sobre una conducta prohibidamente riesgosa y previsible, sin que esto elimine la conducta típica de estafa.

Aunque, en este excepcional caso es imposible que el autor del delito de estafa sea impune, pero si podrá obtener la pena mínima del delito. Esto sustentado en la autorresponsabilidad de la víctima, al someterse conscientemente a un riesgo prohibido previsible, con conocimiento de las posibles consecuencias perjudiciales para su patrimonio. A tales efectos, se verificó la importancia de la víctima dentro de las conductas delictivas, y la gran influencia que puede tener al momento de analizar penalmente un caso delictivo.

Por lo tanto, es fundamental considerar criterios de imputación objetiva en los tipos penales, puesto que, el análisis de la conducta mediante criterios de imputación

⁸⁸ Artículo 54.2, COIP.

objetiva demostró, en el caso del alcance del tipo, obtener soluciones más satisfactorias y razonables respecto de la atribución de responsabilidad penal de los individuos dentro de una sociedad de riesgos.

Se demostró que los criterios de imputación objetiva, como la figura de la heteropuesta en peligro consentida, puede ser trascendental para la discrecionalidad del juez respecto de la imputación de la pena mínima o máxima. Es decir, gracias a la figura de la heteropuesta en peligro consentida, los juzgadores pueden individualizar la pena de una manera sustentada en la doctrina y principios del derecho penal, acorde a la garantía constitucional de la motivación de los fallos.

Existieron diversas limitaciones para el presente análisis, como la falta de jurisprudencia vinculante y doctrina nacional respecto de temas como la imputación objetiva, o específicamente sobre la heteropuesta en peligro consentida de la víctima. Sin embargo, dichas falencias fueron suplidas mediante la doctrina internacional, recalcando que, afortunadamente al menos ciertos criterios de imputación objetiva empiezan a ser tratados por juristas de primera instancia.

Por ende, se sugiere abordar con mayor frecuencia e importancia dichas temáticas. Además, el actual trabajo se configura respecto del análisis únicamente del delito de estafa, por lo cual, se debe analizar esta temática con la amplia gama de delitos patrimoniales, y demás tipos penales, en especial los tipos penales dolosos.

Consecuentemente, se recomienda analizar y abarcar conceptos de imputación objetiva dentro de la doctrina y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto por la necesidad de adaptarse a la realidad dinámica que presentan las teorías doctrinales internacionales y las sociedades actuales.

Así como, incorporar al ordenamiento jurídico figuras referentes al consentimiento de la víctima, sea como causa de atipicidad, justificación de la culpabilidad; y más aún el consentimiento como alcance del tipo como criterio de imputación objetiva. Es decir, darles la importancia debida a los consentimientos potenciales, marcando así un gran impacto en la responsabilidad penal del autor de una heteropuesta en peligro consentida por la víctima, como se ha defendido en el presente trabajo.