

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

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

Bernardo Maya Arroyo

Director: Dr. Xavier Andrade Castillo

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de abogado.

Quito, diciembre de 2014

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACION DE TESIS

“Delimitación entre el delito de estafa y el dolo civil como vicio del consentimiento”

Bernardo Maya Arroyo

Dr. Luis Parraguez
Presidente del Tribunal

.....

Dr. Xavier Andrade Castillo
Director de Tesis

.....

Dr. Juan Pablo Albán
Informante

.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....

Quito, 15 de diciembre de 2014

© 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 a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Bernardo Maya Arroyo

C. I.: 1714214309

Quito, diciembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: Delimitación entre el delito de estafa y el dolo civil como vicio del consentimiento

ALUMNO: Bernardo Maya Arroyo

E VALUACIÓN:


a) Importancia del problema presentado.

El problema planteado por el estudiante no es nuevo. Se trata de la vieja discusión para diferenciar el dolo penal del dolo civil, sin embargo, existen nuevas ideas y aportes de la doctrina moderna que enriquecen novedosamente la discusión y marcan nuevas diferencias. En la actualidad esta discusión adquiere importancia y se torna diaria, cuando la sociedad en general, creyéndose perjudicada, acude al titular de la acción pública con hechos que, bajo su óptica, son criminales, por afectar directamente a sus patrimonios. De ahí la justificación del caudal de causas que fiscalía debe investigar por delitos de estafa o abuso de confianza, cuando pueden ser hechos que le competan a la justicia civil por las connotaciones de incumplimiento de obligaciones o contraprestaciones. Es tal vez, uno de los ejemplos más notorios del expansionismo penal, esto es, buscar en la justicia penal la respuesta a problemas sociales que competen a otras áreas del derecho, desnaturalizando sus verdaderos fines.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis del problema planteado y sostenido por el investigador a lo largo de los cuatro capítulos de su trabajo se centra en la naturaleza estructural del dolo, como vicio del consentimiento versus del de las estafas mediante contrato o estafas contractuales, que según él, es fundamental encontrar el límite entre éstas dos, a partir de la normativa y sus principios (p.7) además de plantear sus diferencias, que finalmente serán la respuesta a problemas concretos y cotidianos. La hipótesis adquiere trascendencia cuando de la doctrina se pasa a la aplicación práctica, es decir, la herramienta de resolución de conflictos sociales que permita que el sistema de justicia cumpla su rol de eficacia y eficiencia a través de sus instituciones de regulación, control y administración.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

La tesina recoge bibliografía de autores nacionales e internacionales tanto en teoría del delito (parte general y parte especial) en derecho penal, como en derecho civil, tomando en cuenta obras antiguas de 1948 (Manzini) hasta las más modernas 2012 (Gómez-Yoruanis). Es notable el estudio jurisprudencial ya que el autor revisa veinte y dos sentencias (nacionales e internacionales) de más de cincuenta años una de ellas, y otra, de agosto del 2013, haciendo de la investigación temporo-espacial, un trabajo completo. Los materiales bibliográficos y los documentos de soporte son complementados con información fidedigna obtenida de páginas web, generando un adecuado y conveniente desarrollo estructural de contenidos. 

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La tesina se compone de cuatro capítulos más un capítulo de conclusiones en poco más de cien páginas. El capítulo 1 aborda los antecedentes históricos del delito de estafa, empezando al delito desde la edad antigua con el derecho romano (p.10). Revisa rápidamente el Código de Hammurabi, los persas y las Leyes de Manú haciendo incluso una cita de la Biblia en cuanto al engaño. Aborda el estelionato como característica del derecho romano, sosteniendo que desde esa época ya se castigaba figuras afines a la estafa (p.14). Luego toma a la edad media como referencia para compararla dentro del derecho romano sin mucha profundización. El autor da un salto en su análisis para tratar a la estafa en las legislaciones modernas como la francesa y alemana del siglo dieciocho y diecinueve, argumentando sobre los elementos de tipicidad (p. 16). Continúa en su revisión en lo que llama la evolución del delito de estafa en la legislación ecuatoriana a partir de mil ochocientos treinta y siete con el primer código penal, para señalar que desde el inicio hasta la actualidad ha habido modificaciones en el tipo penal no sustanciales, incluso compara el modelo actual con el alemán sosteniendo que se aleja del ejemplificativo sobre los elementos del tipo. El origen del dolo civil se estudia en cuatro subtemas en los cuales, igual que en los anteriores se estudia al dolo civil desde el derecho romano (p.19), Código Civil (p.23), sus consecuencias y elementos. Aquí el autor hace una primera aproximación y saca conclusiones de los antecedentes históricos y se aproxima a su tema de tesina (p. 26). El capítulo 2 inicia delimitando los elementos de la estafa desde la óptica del Código Orgánico Integral Penal (COIP), para fusionarlo con jurisprudencia ecuatoriana de febrero del 2007 y de agosto del 2013 (jurisprudencia antes de la publicación y vigencia del COIP, de 10 de febrero y 10 de agosto de 2014, respectivamente). La tipicidad objetiva de este injusto penal parte de la dogmática penal como herramienta descriptiva y racional de interpretación científica del derecho. Inicia el estudio de los elementos con el engaño en sentido amplio (p. 29) sin definirlo o conceptualizarlo, ya que más bien el autor decide darle importancia a la estructura de este, esto es con el análisis de la idoneidad, los medios, diferencia con la mentira y el engaño a través del silencio, bajo el pensamiento de seis autores, la mayoría argentinos. Continúa con el error bajo las mismas fuentes doctrinarias y en dos páginas. Mayor estudio le dedica el autor a la disposición patrimonial y perjuicio, incluso ampliando su información bibliográfica (pp. 38-44). Termina el tema con la relación entre los elementos mencionados para concluir que estos son los elementos objetivos de la estafa conforme el COIP y la doctrina. El tipo subjetivo, variable del problema planteado (dolo), curiosamente es revisado en un par de páginas, aunque se entiende que le resta importancia porque dio preferencia a los elementos objetivos. Ancla estos temas de derecho sustantivo con derecho adjetivo al revisar la acción y el procedimiento (p. 48), además de puntualizar rápidamente sobre la pena y la reparación integral de la víctima (p. 51) con opinión personal sobre esta última al considerarse la reparación simbólica. El capítulo 3 inicia con el concepto de dolo civil (p.54) para continuar con el análisis doctrinario y jurisprudencial del dolo como vicio, dentro del derecho comparado. La naturaleza jurídica del dolo civil se aborda dentro del negocio jurídico, el vicio de la voluntad y vicio del consentimiento (p. 60). Al igual que el dolo penal, el autor destaca en el dolo civil los elementos como vicio del consentimiento, inicia con el engaño, elemento temporal, formas de empleo (su distinción en positivo y negativo), la gravedad, la intención y profundiza sobre el error y la necesidad de este último (p. 66).

Ciertamente hay mayor profundidad y revisión bibliográfica en este capítulo, en donde al final confronta los dos tipos de dolo, el penal y el civil en lo que el autor llama, síntesis general y observaciones (p. 75), es decir sus dos variables de estudio. El capítulo 4 presenta hipótesis problemáticas y la postura del autor (p. 97) con ejemplos. El desarrollo de este último capítulo presente varias posturas de delimitación del problema, y en cada una de ellas, a más de la postura doctrinaria y jurisprudencial existe la opinión crítica del autor que vincula los temas tratados teóricamente en los capítulos anteriores. Se destaca aquí la amplitud y profundización de múltiples posturas, críticas y observaciones contrapuestas, con una revisión de principios constitucionales como el de mínima intervención penal (p. 96), oportunidad (p. 97) y la opinión personal del autor que contradice unas (tesis de antijuridicidad civil y penal) y acoge otras, como la de los elementos típicos de la estafa como tesis delimitadora del conflicto, por lo que en este punto es donde, la hipótesis queda plenamente justificada (p. 98).

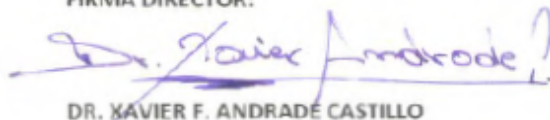
Aun cuando algunos argumentos sostenidos tajantemente por el autor son discutibles, reconozco su iniciativa de identificarse y adherirse a pensamientos de origen español, alemán y argentino, desde luego con muy reconocibles y respetables fundamentos jurídicos que justifican de sobra su hipótesis. Todas sus respuestas tienen sustento dogmático de denotada profundidad investigativa que, vinculado a ejemplos prácticos, ciertamente justifican la discusión doctrinaria en mención.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.

Durante el desarrollo de la tesina se realizaron observaciones del primer borrador con el primero y segundo capítulos, luego de observaciones de forma (varias) en los meses de mayo, junio y julio, en los restantes capítulos. La tesina fue monitoreada con entregas mensuales de capítulos, y reuniones quincenales para las observaciones de los borradores. El trabajo terminado y corregido fue entregado la última semana de septiembre. Se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de tesinas según las exigencias y reglamento de la USFQ.

Por todo lo expuesto, al haberse desarrollado en presente trabajo dentro de los requerimientos mínimos para la elaboración de tesinas, la apruebo.

FIRMA DIRECTOR:



DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO

DEDICATORIA

La presente tesis está dedicada a mis padres y hermanos. Espero algún día compensarles por todo el apoyo y amor que me han dado.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a todos mis profesores del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, por toda la pasión y el esfuerzo que día a día dedican a la enseñanza del Derecho, por haber fomentado en mí la curiosidad y el interés en sus materias, y por permitirme exponer, sin temor a equivocación, las inquietudes que como estudiante tuve durante mi vida universitaria.

A mis compañeros y amigos de la facultad, con quienes compartí aulas, fiestas, canchas de fútbol y, antes que nada, una amistad.

Quiero agradecer expresamente al Xavier Andrade por la invaluable ayuda que recibí de su parte como director de la presente investigación. Por lo mismo, agradezco Daniela Salazar, mi directora metodológica.

RESUMEN

El Derecho Civil y el Derecho Penal son ramas del Derecho distintas. Sin embargo, en más de una ocasión, tienen construcciones jurídicas similares. Tal es el caso del vicio del consentimiento dolo y la estafa que en muchos casos podrían llegar a confundirse ante su similitud, principalmente cuando estamos frente a las llamadas “estafas contractuales”. Ante estas situaciones, en el presente trabajo se busca delimitar el campo de aplicación de una y otra figura; así como también sus diferencias. Para esto revisaremos el origen histórico de estas figuras, así como también su estructura actual a partir de la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho comparado. Finalmente, revisaremos las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que se han hecho para abordar este problema, para entonces tomar una postura propia.

ABSTRACT

Civil law and criminal law are different branches of law. However, more than once, they have similar legal institutions. Such is the case of civil and criminal frauds. In many cases where a contractual figure and deceiving are used in economic relations between people, these two institutions may be confused. Therefore, it is important to compare and contrast these figures. With this objective, in the following pages, historical origins of these figures, as well as its current structure, doctrine, jurisprudence and comparative law, will be reviewed. Finally, we will review the doctrinal and jurisprudential positions that have been made to address this problem. After the described investigation, a position will be taken.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	14
1.1. El delito de estafa como una conducta atentatoria a la esfera de la propiedad y a la verdad	15
1.2. El origen del dolo en la legislación civil como vicio del consentimiento	23
1.3. Conclusiones.....	30
2. LA ESTAFA	32
2.1. Elementos del tipo penal de estafa	32
2.2. Acción penal y consecuencias jurídicas del delito de estafa	53
2.3. Síntesis general sobre el delito de estafa	57
3. EL DOLO CIVIL	59
3.1. Concepto del dolo civil.....	59
3.2. Naturaleza jurídica del dolo como vicio del consentimiento	63
3.3. Elementos del dolo como vicio del consentimiento	66
3.4. Requisitos para que constituya un vicio del consentimiento	75
3.5. Las consecuencias jurídicas del dolo.....	79
3.5. Síntesis general y observaciones	81
4. DELIMITACIÓN Y ADOPCIÓN DE POSTURA	83
4.1 Hipótesis problemáticas.....	84
4.2 Posturas para la delimitación.....	86
4.3. Toma de postura	103
4.4 Concurrencia del dolo y la estafa: consecuencias	105
5. CONCLUSIONES	110
REFERENCIAS	113
1. DOCTRINA	113
2. JURISPRUDENCIA	115
3. PLEXO NORMATIVO	117

INTRODUCCIÓN

La relación entre distintas ramas del Derecho¹ es en muchos casos muy cercana, pues, si bien por fines didácticos se las separa, todas forman parte del mismo ordenamiento jurídico. Uno de estos casos, es justamente el que vincula al delito de estafa con el contexto contractual o de negocios, en particular con una de sus patologías, el dolo civil vicio del consentimiento.

Es común en la actualidad que dentro el ámbito contractual se originen procesos penales por el delito de estafa.² Así, existen muchas personas que al sentirse perjudicadas en este tipo de operaciones, pese a la existencia de elementos del Derecho Civil, acuden a la vía penal a buscar un remedio. La confusión que se genera en los órganos de persecución y juzgamiento penales es evidente. En ciertos casos se persiguen y se condenan, obviando la presencia de elementos contractuales, cierto tipo de actos. En otros, en cambio, se acogen de la presencia de estos elementos para desestimar cualquier tipo de consecuencia penal de los actos.

Por ejemplo, en un fallo de la Corte Nacional se expone 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, que en el presente caso es el contrato de compraventa del vehículo en mención, porque confiado en lo establecido en el documento de compraventa del vehículo, la víctima cumple con el otro requisito que es la entrega voluntaria de los fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, etc.³

En otro, la Corte se acoge a la mínima intervención penal y absuelve al procesado indicando que no era necesario acudir a la vía penal, sino que se trataba de un asunto

¹ En el presente trabajo utilizaré Derecho, con la primera letra mayúscula, para referirme al ordenamiento jurídico o a una determinada rama de estudio de este. Cuando utilice la palabra derecho, con minúsculas, en cambio, me referiré a derechos subjetivos de las personas.

² Así, por ejemplo, recientemente se dieron casos penales de estafa en contra de directivos de ciertas constructoras, los más mediatizados fueron los casos de Unión Constructora, Habitavia Home y Desus Nova. En el primero de ellos incluso existió sentencia condenatoria dentro de la causa N°361-2013-NT. <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101557677>. (acceso: 19/09/13)

³ Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Penal. Expediente de Casación 11. Registro Oficial 15 de 5 de Febrero del 2007.

eminentemente civil.⁴ Los lineamientos de la jurisprudencia con respecto a este tema no son pacíficos.

En la doctrina penal algunos autores han escrito sobre la problemática alrededor de las estafas contractuales. Jesús Zamora-Pierce manifiesta que hablar de defraudación contractual parece contradictorio. Pues, algo civilmente lícito, como el contrato, difícilmente puede ser reprochado por la normativa penal.⁵ Gómez-Aller, profesor de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid, señala lo siguiente: “[la] Doctrina y Jurisprudencia han abordado esta cuestión desde los más diversos puntos de vista, y con éxito desigual. Las argumentaciones empleadas son numerosas y prácticamente no se puede hallar dos iguales.”⁶ López y Porte, señalan que los intentos por encontrar una distinción doctrinaria ontológica entre el dolo civil y el dolo penal (refiriéndose al delito que venimos tratando), han sido múltiples y han complicado a muchos juristas a lo largo de la historia.⁷

Delimitar al mundo negocial civil del delito de estafa nos permite evitar situaciones extremas, sumamente peligrosas para el ordenamiento jurídico. Por un lado, debe salvaguardarse el siguiente principio constitucional: “[e]l Estado debe garantizar [...] Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas [...]”.⁸ Lo que significaría castigar a título de estafa toda anomalía que acontezca en la fase de ejecución de un contrato. Por otro lado, tampoco sería una solución equitativa el determinar que la sola presencia de un elemento civil excluye la existencia del ilícito penal. Pues, sería el contrato la herramienta idónea para hacerse ilícitamente del patrimonio ajeno.

Por un lado debemos considerar al tipo penal de estafa establecido en el Código Orgánico Integral Penal. La tipificación de este delito es la siguiente:

La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que

⁴ Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente 1278. Registro Oficial Suplemento 426 de 10 de abril de 2013

⁵ ZAMORA-PIERCE Jesús. *El Fraude*. México DF: Editorial Porrúa, 2008. p. 122

⁶ DOPICO, Jacobo. “Estafa y Dolo Civil: Criterios para Su Delimitación”. *Dereito*. Vol. 21, nº1. (2012). p. 10

⁷ LÓPEZ, Eduardo y PORTE, Luis. *El Delito de Fraude (Reflexiones)*. Porrúa: México D.F, 2005. p. 5-6

⁸ Constitución de la República del Ecuador art. 66 numeral 29 inciso tercero. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.⁹

De la misma se desprenden los principales elementos del delito de estafa que se verá en capítulos posteriores, así como su principal consecuencia jurídica, la privación de la libertad de quien ejecute el acto.

Por otra parte, nuestro Código Civil contempla al dolo como vicio del consentimiento en su artículo 1447.¹⁰ Este, en términos amplios, consiste en la maquinación fraudulenta realizada por una de las partes para obtener de la otra su consentimiento en el contrato, que sin esta no hubiera consentido.¹¹ La consecuencia jurídica de este vicio del consentimiento es la nulidad relativa, que en principio podría solicitarse solamente por la parte perjudicada o engañada.¹²

Estas dos figuras son las que podrían generar mayor confusión al determinar la naturaleza jurídica, penal o civil, de ciertas conductas engañosas que se desarrollan en el mundo negocial. En el Derecho ecuatoriano y en la práctica jurídica, no existe una fórmula expresa que pueda servir a abogados, jueces y fiscales. Ante los problemas prácticos, jurisprudenciales, doctrinarios y la falta de certeza jurídica ocasionada por este problema, es fundamental encontrar el límite de aplicación de estas figuras a partir de nuestra normativa y sus principios.

De esta forma, el problema se reduce a establecer las consecuencias civiles y/o penales de conductas fraudulentas (engañosas) realizadas por las personas. Es decir, qué hipótesis se encajan en el marco de la tipicidad del delito de estafa y cuáles corresponden al dolo civil como vicio del consentimiento. Lo mismo obligará a analizar si es posible o no la confluencia de estas figuras, abrazando un mismo supuesto de hecho. De ser posible, también es importante establecer si es que pueden coexistir procesos, civiles y penales, para estos casos.

A lo largo de la tesis se demostrará la evidente similitud del supuesto de hecho regulado por estas dos figuras. También, sus ligeras diferencias y particularidades. En este

⁹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 186. Registro Oficial Suplemento 180 publicado el 10 de febrero de 2014.

¹⁰ Código Civil. Artículo 1446. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹¹ OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis, 2005. p. 203

¹² *Ibíd.* p. 451

último sentido, se verá como difieren los presupuestos necesarios para que se configure el dolo como vicio del consentimiento y el delito de estafa. Además, se demostrará que tienen por objeto solucionar distintos problemas sociales y jurídicos. Por lo tanto, a lo largo de la tesis, explicaré el ámbito de aplicación de una y otra. Y, sostendré la hipótesis de que son figuras independientes y que pueden o no coexistir, y ser procesadas de manera paralela.

Para dicho objetivo, la presente investigación abordará algunos capítulos.

Primeramente, se revisarán los antecedentes históricos del dolo civil y del delito de estafa.

De aquí, se buscará la razón de existencia de estas figuras. Posteriormente, se analizará la tipicidad del delito de estafa y la configuración legal del dolo como vicio del consentimiento en materia civil. El objeto de ambos capítulos será los supuestos de hecho por las figuras jurídicas en mención así como la materia de su protección, sus consecuencias y brevemente el procedimiento. Finalmente, se abordará la delimitación. Es aquí donde se expondrán las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales realizadas en torno a ambas figuras. En el mismo capítulo explicaré mi postura en torno al problema planteado y los argumentos que la asisten, así como las principales consecuencias de la misma.

Así, se pretende a través de este ensayo debatir un problema que, pese a su trascendencia y actualidad, no ha sido tratado con la seriedad que debería, tanto por los órganos de juzgamiento como por la legislatura. Por lo tanto, se deja un vacío que se pretende solucionar con el presente trabajo.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El presente capítulo tiene el objeto de entender la génesis de las dos figuras que tratamos. 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 los elementos de las figuras a los que nos referiremos en los siguientes capítulos, la raíz del problema y como base para intentar una delimitación.

Existen muchas explicaciones y teorías acerca del origen del Derecho, cuyos debates y contenidos no son objetos de esta investigación. Sin embargo, para comprender el porqué de ciertas instituciones jurídicas, debemos hacer una breve reseña sobre el origen y la naturaleza de nuestra ciencia. A propósito de esto, Monroy Cabra señala que el Derecho es inherente a la sociedad humana y es una solución a los conflictos de intereses; agrega que: “[e]l interés no era sino la posesión del individuo en relación con un bien para la satisfacción de una necesidad”.¹³ Es decir, el origen del Derecho se encuentra vinculado con la relación entre personas y cosas.

Este vínculo se encuentra reglado por casi toda la normativa pública y privada actual. Es tal la importancia de dicha relación, que el derecho sobre la propiedad es reconocido como un Derecho Humano¹⁴ y la ley reconoce personalidad jurídica a patrimonios con determinados destinos.

La relevancia jurídica de esta relación es fundamental para comprender por qué las figuras jurídicas que estudiamos se encuentran presentes en la legislación actual e histórica. La estafa constituye un delito que afecta a las personas en relación con sus cosas. El dolo, porque se encuentra vinculado con el mundo del negocio jurídico cuyo contenido principal tiene un carácter patrimonial.

En principio, el principal riesgo que corre el patrimonio de una persona, es el ser sustraído o destruido por otra. Sin embargo, como se verá a continuación, no es la única que preocupa al Derecho. Voluntariamente las personas realizan actos que les comprometen patrimonialmente o les perjudican de formas que no son deseadas. Cuando lo que precede al acto voluntario es un engaño, la normativa, históricamente, se ha

¹³ MONROY CABRA, Marco. *Introducción al Derecho*. Temis: Bogotá, 2006. p.64

¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Art. 21

encargado de otorgarle distintas consecuencias. El Derecho a lo largo de la historia ha intervenido procurando proteger la voluntad y la propiedad de las personas a través del Derecho Civil y el Derecho Penal.

A continuación veremos el origen de la figura delictual de la estafa y del vicio del consentimiento doloso su posterior desarrollo hasta nuestros días. A continuación se verá como desde la edad antigua ya existían antecedentes de esta figura y como, particularmente en el Derecho Romano, el origen de ambas figuras tiene un curso similar.

1.1. El delito de estafa como una conducta atentatoria a la esfera de la propiedad y a la verdad

El Derecho Penal surge como respuesta a reiteradas conductas que son rechazadas por la sociedad por atentar contra sus derechos.¹⁵ Siendo los bienes uno de los principales y más antiguos intereses de la sociedad, como se viene indicando, es natural que el Derecho Penal reprima conductas que atenten contra ellos. Justamente la estafa es una de estas conductas y su origen se remonta a tiempos pasados.

1.1.1. La estafa en la edad antigua.

El origen de la punibilidad de la figura de estafa es difuso. Dentro de la edad antigua, sistematizando la información existente, podemos apreciar los antecedentes desde dos perspectivas: en el Derecho Romano y fuera de él. En este sentido, Edgardo Donna señala:

El fraude fue castigado no sólo por el Derecho Romano, de donde, en principio, proviene como figura de los Derechos modernos, sino también se encontraba legislado en otros países. La ley babilónica de Hammurabi (s. XX a. C.), el Avesta Persa, el libro del profeta Amós, el Corán, el Código de Manú, [...].¹⁶

El principal antecedente del delito del moderno delito de estafa se encuentra en el Derecho Romano, sin embargo, es importante mencionar otras legislaciones, anteriores y contemporáneas a la legislación romana, en las que se refieren a figuras similares a la estafa, pues este delito no fue un fenómeno aislado de dicha normativa sino más bien la consecuencia a un rechazo social a determinada conducta.

¹⁵ ALBÁN, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General*. Ediciones Legales: Quito. 2011. p.13

¹⁶ DONNA, Edgardo. *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II-B. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2001. p.256

1.1.1.1. La estafa y figuras afines en legislaciones y códigos morales de la época (fuera del Derecho romano)

El Código de Hammurabi, en el año 1750 A.C., 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, ya eran conductas castigadas por esta legislación.¹⁷

Para los persas la verdad era el principal valor y la mentira su principal 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.¹⁸

Otro ejemplo, de lo que se viene demostrando lo encontramos en las Leyes de Manú. En estas se asimila 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, hierro por plata etc.”.¹⁹

Incluso en la Biblia, podemos encontrar partes referencia a estas conductas. De esta forma en el libro de Amós 7, del 4 al 6, encontramos lo siguiente:

Escuchad esto, vosotros los que oprimís al pobre y estrujáis a los menesterosos del país, y decís ¿Cuándo pasará el mes y venderemos los géneros; y pasará el sábado, y sacaremos fuera los granos; achicaremos la medida, y aumentaremos el peso del siclo, sustituyendo balanzas falsas; para hacernos con el dinero dueños de los miserables, y con un par de sandalias comprar por esclavo al pobre, y vender a buen precio hasta las achaduras del trigo?²⁰

Dentro del mismo texto, encontramos en el Deuteronomio 25:15 lo siguiente: “No tendrás en tu bolsa diferentes pesas, unas mayores y otras menores o defectuosas”.²¹ Nuevamente haciendo un énfasis en este tipo de engaños. Sobre este último libro, se debe señalar que se encuentra escrito como un texto jurídico dentro de la biblia,

¹⁷ GABALDÓN, Luis. “El fraude y las nuevas tecnologías en la era informática”. *Caderno CRH*, Salvador v.19 n.47. (2006). En http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/220810/dp-fraude_electronico.pdf (acceso 09/02/2014) p. 195

¹⁸ JANET, Paul. *Historia de las Ciencias Políticas en sus relaciones con la moral*. Tomo I. Daniel Jorro: Madrid, 1910. p. 66-67. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/612/4.pdf>

¹⁹ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp.. cit. p. 3

²⁰ AMOS. “La profecía de Amos”. TORRES Félix (trad.) *La Sagrada Biblia*. Sopena Argentina: Buenos Aires, 1950. p. 1005, 1006

²¹ MOISÉS.” Libro de Deuteronomio. ”*La Sagrada Biblia*. TORRES Félix (trad.) Sopena Argentina: Buenos Aires, 1950. p. 212

donde incluso se señalan procedimientos y penas. La relevancia de este texto, parte del antiguo testamento es indiscutida durante esta época. Incluso en tiempos muy posteriores, de la república ecuatoriana, los textos bíblicos continuaban teniendo un rol fundamental.²²

De lo dicho anteriormente, se desprende que el engaño, como medio para aprovecharse patrimonialmente de otros, ya era jurídica y moralmente reprochado por legislaciones y códigos morales de diversas sociedades. En el Derecho Romano, como veremos a continuación, existe un desarrollo importante de esta figura.

1.1.1.2. La estafa en el Derecho romano: el estelionato

Dentro de esta etapa de la historia, el desarrollo más importante para esta figura se da en el Derecho Romano. Ernesto Albán Gómez nos indica que si bien la normativa penal romana no tuvo la influencia que tuvo la civil, se mantienen instituciones procesales, generales, y ciertos delitos que ya se tipificaban dentro de los que se encuentra la estafa.²³

Así, la estafa y conductas afines, inicialmente, eran sancionadas de acuerdo a distintos tipos penales. En este sentido, Mommsen sostiene que en el Derecho Penal Romano:

[L]a jurisprudencia de los tiempos posteriores agrupó bajo la palabra *falsum*, [...], la serie de hechos a que nos referimos [falsedades y estafas] ampliándola con frecuencia. Dicha palabra, [...] podía aplicarse a los más importantes hechos delictivos conminados en aquella ley y en las ampliaciones que hemos dicho se hicieron de ella. [...]²⁴

Zamora-Pierce nos indica: “[p]ara los romanos, el fraude era el dolo malo, definido por Labeón como toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar y alucinar a otros”.²⁵ Ante la ambigüedad existente para delimitar el dolo malo del dolo bueno, como veremos más adelante, lo que llamaríamos estafa solamente tenía carácter penal cuando el hecho revestía de un elemento ético particular y cuando no existía otra vía para hacer justicia a la víctima, además, los elementos legales para que si configure la estafa no eran claros.²⁶

Añade el mismo autor lo siguiente:

²² ALBÁN, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano...* Óp.. cit. p. 66

²³ ALBÁN, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano...* Óp.. cit. p. 53-54

²⁴ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Temis: Bogotá, 1991. p. 418

²⁵ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp.. cit. p.3

²⁶ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Óp.. cit. p. 419

[...] [E]n roma , había una superposición normativa en la represión de los engaños fraudulentos, los cuales eran considerados , en ocasiones, como *furtum*, otras veces como *falsum* bien como *stellionatus*; a más de poder ser reclamados en la vía civil mediante la *actiodoli*. Esta falta de límites claros entre la materia civil y la penal va a marcar la problemática del estudio del fraude hasta nuestros días.²⁷

Más adelante veremos que el *actiodolino* es una acción estrictamente civil; sin perjuicio de lo indicado, era, más bien, una especie de delito privado.²⁸ Esta figura, como se demostrará más adelante, constituye un origen para las figuras que tratamos. Además, es fundamental para el origen de la segunda.

Donna, de manera similar con lo señalado por Zamora-Pierce, nos indica que en el Derecho Penal Romano la figura a la que hoy llamaríamos estafa, se encuentra inmersa dentro de tres figuras delictuales: *furti*, *falsi* y el estelionato. A continuación sus definiciones: Sobre el *furti*, Donna, parafraseando a Finzi, señala: “[...] englobaba cualquier forma de atentado en contra del patrimonio ajeno, sobre todo el cometido mediante fraude”.²⁹ En cuanto al crimen *falsi*, este “[...] representaba un conglomerado inorgánico de especies criminógenas diferentes, que dificultaba la determinación de sus elementos”, estos tenían en común la modificación de la verdad y atentaban unos contra el patrimonio y otros contra la fe pública.³⁰ El *stellionatu*, consistía en lesiones patrimoniales fraudulentas que se encontraba entre la falsedad y el hurto, exigía dolo y se consumaba con daño patrimonial.³¹ Es esta última figura la que se posesionaría en el Derecho Penal más adelante, conforme señala Donna.³² Justamente, conforme se desprende de las definiciones que nos trae dicho autor, esta es la única que recoge los principales elementos de la estafa de forma específica. Por lo tanto, es esta última la que nos interesa.

Durante este tiempo, se castigaban falsedades y otros delitos contra la propiedad. Bajo estas figuras empezó a castigarse la estafa. Más adelante se castigaban falsedades que no estaban específicamente determinadas en normas, por lo que se dice que era un crimen

²⁷ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Óp.. cit. p. 4 19

²⁸ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Óp.. cit. p. 425

²⁹ FINZI, Conrado. La estafa y otras defraudaciones, según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales italiano, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia. Depalma: Buenos Aires, 1961. p. 15 en adelante. Citado en DONNA Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II-B. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2001. p. 256

³⁰ FINZI, Conrado. La estafa y otras defraudaciones... Óp.. cit. Citado en DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp.. cit. p.256.

³¹ FINZI, Conrado. La estafa y otras defraudaciones... Óp.. cit. Citado en DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp.. cit. p. 257

³² DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp.. cit.p.257

extraordinario.³³ Así, es justamente la confusión lo que determinaría incluso el nombre de este delito. Francesco Carrara nos dice:

El estelión o salamandra, animal de colores indefinibles, pues varían ante los rayos del sol, sugirió a los romanos el nombre de *stellionatus* como título de delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctúan entre la falsedad y el hurto [...] pero, según otros, se inspiró en un concepto intelectual, por haberse querido expresar la índole astuta y mudable del hecho mismo [...]³⁴

De esta manera, nace el estelionato como una figura que no estaba tipificada o extraordinaria. Ulpiano, en el Digesto, enumera de forma ejemplificativa algunas manifestaciones de este ilícito: enajenar cosa obligada a otra persona, ocultar mercancías sujetas a obligación, hacer impostura en perjuicio de un tercero, dar en prenda una misma cosa a muchas personas ocultándolo y dar en prenda una cosa ajena, entre otros actos.³⁵ Zamora-Pierce concluye que “[...] en general se consideró como *stellionatus* todo género de actos de improbidad no realizados de modo franco y manifiesto, cuando no constituyeren otro delito”.³⁶

Por tratarse de un delito extraordinario, la pena también lo era. “La pena que se imponía no era fija, sino que quedaba en cada caso al arbitrio del tribunal; sin embargo, no podía ser superior a la de trabajo forzoso; también recaía la infamia sobre el condenado”.³⁷ En este sentido, el emperador Filipo recomendó que se castigue de forma severa todas las personas que cometiesen este acto, en proporción al Derecho afectado.³⁸ Estos datos históricos corroboran lo que se viene diciendo en cuanto a la figura del estelionato, existía confusión en cuanto a su aplicación o inaplicación.

En general, la normativa penal romana ya castigaba figuras afines a la estafa. Dentro de estas, de manera subsidiaria y silenciosa, empieza a tomar fuerza el estelionato. En su origen fue una figura híbrida y desarrollada a partir del método casuístico y ejemplificativo. Tanto sus elementos como su pena, generaron confusión en el desarrollo jurídico romano. Esto marcaría un hito en el desarrollo de esta figura penal, pues, como se verá, las primeras tipificaciones de este delito utilizan un método casuístico para describir a esta postura.

³³ ZAMORA-PIERCE Jesús. *El Fraude*. Óp.. cit.p. 4

³⁴ CARRARA Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Óp.. cit.p.412

³⁵ ETKIN, Alberto. *La Estafa por Venta de Cosa Ajena*. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1962. p.31

³⁶ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp.. cit.p. 4

³⁷ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Óp.. cit. p. 426

³⁸ ETKIN, Alberto. *La Estafa por Venta de Cosa Ajena*. Óp.. cit.p.32

1.1.2. La estafa en la edad media.

Durante esta etapa de la historia, no hubo mayor desarrollo a la tipificación de este delito. Edgardo Donna, citando a Finzi, indica que en esta etapa “se creó un nuevo *falsum*, en el que se incluyeron casos de fraude patrimonial. El estelionato tuvo carácter subsidiario, [...] debido a esta confusión de figuras, resulto ser algo distinto a la estafa romana y a la actual”.³⁹ Es decir, no se desarrolló linealmente la figura que venía siendo utilizada en Roma.

Un ejemplo de esto, es lo que ocurre con la legislación española de aquella época. Zamora-Pierce señala que en esta legislación no existían límites claros entre falsificación, robo y fraude. Afirma que en las partidas, concretamente en el título XVI de la Partida VII, se enumeran conductas asimilables al estelionato del Derecho Romano, bajo la denominación de engaños que se encontraban definidos de la manera siguiente: “[d]olus en latín, tanto quiere decir en romance como engaño: é engaño es enartamiento que facen algunos omes los unos á los otros, por palaras mentirosas ó encubiertas e coloradas, que dicen con intención de los engañar é los decebir”.⁴⁰ De dicha descripción se asimila al dolo con el engaño y al engaño con mentir y con ocultar, omitir. No se observa mayor desarrollo durante esta etapa, al contrario, se vuelve a confundir posturas y existe un retroceso en lo relativo a la técnica jurídica en la tipificación del delito de estafa y se mantiene la atadura con el concepto del dolo, y con la falsedad y otros delitos.

1.1.3. La estafa en legislaciones modernas.

Posteriormente, en épocas modernas, se llega a una tipificación autónoma del delito de estafa, Zamora- Pierce, en este sentido nos señala que “[s]ólo a principios del siglo XIX se logró la separación del fraude como delito contra el patrimonio, de las falsedades, que protegen la fe pública”.⁴¹ 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

³⁹ FINZI, Conrado. La estafa y otras defraudaciones... Óp.. cit. Citado en DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal: Parte Especial. Óp.. cit. p. 257

⁴⁰ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp.. cit.p. 4

⁴¹Id. p. 5

, 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.⁴²

Esta tipificación, esencialmente ejemplificativa, ya manejaba los principales elementos de la estafa: engaño, error y perjuicio patrimonial. Además, es importante subrayar una parte de aquella tipificación “estafa o intenta estafar”. Con esta frase, se equipara al peligro con el resultado lesivo al patrimonio. Parecería que en aquella época lo fundamental era reprimir el engaño doloso antes que el efectivo perjuicio patrimonial. Zamora-Pierce señala que la tipificación por ser ejemplificativa, resultaba también limitativa y, por lo tanto, constituyó la antesala a la impunidad, puesto que existían muchas conductas engañosas que quedaban fuera del tipo.⁴³

Alrededor de esta época, los alemanes, partiendo de los mismos elementos, desarrollaron una nueva técnica para la tipificación de este delito. El Código Penal Alemán de 1871 establecía lo siguiente:

Comete el delito de fraude quien, con la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero, un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro, provocando, o no evitando un error, bien por la simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos.⁴⁴

Esta última tipificación, reúne los elementos de la estafa de forma más clara. Permite, sin discriminación alguna, el engaño por acción y omisión, por simulación y mentira. Esta fórmula resulta una solución a los problemas que presentaba la tipificación francesa, en torno a conductas lesivas y engañosas que quedaban en impunidad.

Lo fundamental durante este periodo de tiempo fue que los principales elementos de la tipicidad del delito de estafa que se mantienen hasta nuestros tiempos, la modificación a la verdad, el dolo y el daño patrimonial, ya se encontraban presentes en la mayoría de ordenamientos jurídicos, conforme los señala Donna.⁴⁵

Estos ordenamientos jurídicos se consolidarían en Europa y, al igual que la literatura, las costumbres y otras cosas, terminaría importándose a América Latina. Primeramente, en la época de la colonia donde se importaron las leyes penales

⁴²Ibíd.

⁴³Ibíd.

⁴⁴Id.p. 6

⁴⁵ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp.cit. p. 320

españolas.⁴⁶ Posteriormente, otras codificaciones europeas fueron importadas hacia nuestro continente, en este sentido Ricardo Rabinovich afirma:

Una de las consecuencias, como viéramos, de la creencia [...] en la supuesta perfección de los Códigos, fue la de considerarlos liberados de sus coordenadas de tiempo y de lugar (es decir, de sus circunstancias históricas). De allí a sentirse los juristas y los políticos predispuestos a importar y exportar los códigos de un país a otro.⁴⁷

En este sentido, conforme se verá a continuación, la evolución histórica del delito de estafa en Ecuador, demuestra claras raíces con las normas antes señaladas.

1.1.4. Evolución del delito de estafa en la legislación ecuatoriana.

Dentro de la historia moderna del Derecho Penal ecuatoriano, se adoptaron primeramente las leyes españolas, conjuntamente con las Leyes de Indias; posteriormente, en la república, se adoptó la codificación de las normas penales.⁴⁸ En nuestro primer Código Penal, de 1837 el texto era el siguiente:

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.⁴⁹

De esta tipificación se desprende que el método utilizado era similar al francés. Además, leyendo entre líneas, constituye una estafa hacer firmar una escritura u obligarse con engaño, siempre que existiese perjuicio a la víctima. Es decir, la estafa se encontraba vinculada con el mundo contractual y obligacional directamente. Además, no se requería la efectiva disposición patrimonial; obligarse era suficiente para que se consuma el delito.

Posteriormente se adoptó 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

⁴⁶ ALBÁN, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General*. Óp.cit. p. 67

⁴⁷ RAVINOVICH, Ricardo. *Recorriendo la Historia del Derecho*. Cevallos: Quito, 2006. p. 374

⁴⁸ ALBÁN, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Óp.cit.* p. 67-68

⁴⁹ Código Penal. Art. 556. Registro Auténtico de 1837

credulidad, será castigado con una prisión de un mes a cinco años y con una multa de diez a quinientos pesos.⁵⁰

El método de tipificación sigue siendo ejemplificativo aunque los ejemplos relativos al engaño o quimera varían, probablemente por la evolución en el pensamiento general de la sociedad y la práctica delincriminal. Un cambio fundamental en esta tipificación es que el firmar una obligación o contrato autónomamente considerado, ya no constituía un ejemplo para la consumación del delito. Ahora se requiere la efectiva entrega o disposición patrimonial. Es casi idéntico al sistema de tipificación francés.

Este método se mantiene prácticamente hasta la actualidad, pues nuestro último Código Penal⁵¹ contiene una tipificación de la conducta de estafa casi idéntica. Es decir, se mantuvo este modelo por alrededor de 140 años.⁵² Recién en 2014, el Código Orgánico Integral Penal tipifica con un método distinto a esta conducta. El mencionado texto del Código Orgánico Integral Penal lo reproduzco a continuación:

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.⁵³

Volviendo a los modelos europeos antes expuestos, se parece más al alemán que al francés, debido a que se aleja del sistema ejemplificativo. Ya no se enumera los engaños, errores y actos perjudiciales, por el contrario, se establecen con mayor claridad los elementos que configuran este ilícito que analizaremos a continuación.

1.2. El origen del dolo en la legislación civil como vicio del consentimiento

A diferencia de la estafa, el dolo, como concepto, está directamente originado con el Derecho Romano, lo que no es de extrañarse pues nuestra normativa civil tiene claras raíces en dicha legislación. Sin embargo, considero importante los antecedentes de los textos jurídicos y morales antes mencionados, particularmente, en lo que se refiere a la edad antigua (fuera del Derecho Romano) y a la edad media, en tanto a que no se podía

⁵⁰ Código Penal. Art.535. Registro Auténtico 3 de noviembre de 1871

⁵¹ Código Penal. Art. 563. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971

⁵² La tipificación Código que, con una u otra modificación, se mantuvo hasta el COIP, fue expedida en 1938. Ernesto Albán critica los pocos avances de este Código que mantiene la influencia de la escuela clásica y se inspira en los Códigos italianos y argentinos. Sobre la historia de los Códigos Penales ecuatorianos Vid. ALBÁN, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General* Óp.cit. p.69

⁵³ Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

encontrar autonomía en una y otra figura. Además, en lo que se refiere al engaño y el rechazo histórico que este ha merecido, es fundamental tomar en cuenta dichos antecedentes. Sería superfluo referirnos nuevamente a ellos.

Por otro lado, haremos hincapié a continuación en el Derecho Romano. Sus juristas, como se verá a continuación, desarrollaron esta figura con mayor precisión que al estelionato. Tanto es así que, como se verá en capítulos posteriores, sus elementos y consecuencias se mantienen vigentes hasta la presente fecha.

1.2.1. Acepciones del dolo en el Derecho romano.

El Dolo, como concepto jurídico, tiene algunas bifurcaciones y clasificaciones en el Derecho Romano. Las mismas, son las que se expone a continuación:

Primero, al dolo se lo considera como la intención de realizar una conducta sancionada por la norma penal,⁵⁴ muy similar a la concepción del dolo que maneja parte de la doctrina penal actual. Mommsen hace una precisión al respecto: nos indica que se puede hablar de esta acepción del dolo en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido amplio, el dolo implica “todos los actos contrarios a la ley, ejecutados conscientemente, incluso los practicados con violencia [...]” En este último sentido, agrega que se extiende tanto a lo civil como a lo penal.⁵⁵

En sentido estricto, se lo utiliza como un elemento subjetivo del delito que involucra voluntad y excluye a la violencia (*vis*); señala que en Roma se entendía por esto a “[...] los actos contrarios a la ley, ejecutados conscientemente, pero sin violencia [...]”.⁵⁶ Este último aspecto es bastante interesante, puesto que tanto el dolo vicio como la estafa constituyen actos sin violencia.

Este concepto de lo injusto, no encuentra solamente su justificación en los actos ilícitos sino también en materia contractual. En este último sentido se entendía al dolo como “[...] la deliberada voluntad de no cumplir [...]”.⁵⁷ Esto es lo que actualmente se conoce como dolo de incumplimiento.

⁵⁴ ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Depalma: Buenos Aires. 1986. p. 423

⁵⁵ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Óp.cit. p. 61

⁵⁶ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Óp.ci t. p. 61

⁵⁷ ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Óp.cit.p. 425

El dolo también tenía una estrecha vinculación con el engaño y el mundo comercial. Mommsen nos indica que eran términos jurídicos equivalentes el dolo con la astucia. Así, se clasifica al dolo como dolo bueno y dolo malo. Margadants los define de la siguiente forma, empezando por el dolo bueno:

[...] la astucia comercial, los trucos acertados mercantiles, que para los mediterráneos son más bien actos de inteligencia e inclusive humorísticos, que actos inmorales [...] El *dolusmalus* es toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta con la que se engaña a otra persona [...]⁵⁸

Es este *dolusmalus* el que nos interesa, puesto que el dolo bueno, al ser socialmente tolerado, era irrelevante en materia jurídica. Es precisamente de este concepto del que parte la idea del dolo como vicio del consentimiento.

1.2.2. El dolo como vicio del consentimiento.

1.2.2.1. La estructura de las conductas consideradas como dolo.

El dolo como vicio del consentimiento, se hallaba ligado al error, puesto que se le concebía, en palabras de Arangio-Ruiz como “[...] un comportamiento malicioso de una de las partes que en un negocio jurídico bilateral hace incurrir en error a la otra”.⁵⁹ Este comportamiento malicioso se encuentra relacionado al concepto de engaño.

Este engaño, como se dijo, tiene que revestir cierta particularidad. Margadants, para determinar los matices de uno y otro dolo, nos indica, “[t]odo depende, en este problema, de matices morales, y de la conciencia judicial, de la costumbre comercial consagrada”.⁶⁰ Por lo que no existía una definición exacta de dicho concepto, más bien, se manejaba a partir de conceptos indeterminados, como los enumerados anteriormente, cuyo contenido depende de caso y caso.

Además, el engaño podía venir de dos formas: acción y omisión: “El dolo no consiste necesariamente en actos positivos; también hay dolo si una parte calla maliciosamente una circunstancia que para la otra hubiera sido un obstáculo para la celebración del negocio en cuestión, en el caso de que ésta se hubiera dado”.⁶¹ Por lo tanto, no necesariamente involucra una exteriorización de falsedad o simulación, sino más una

⁵⁸ MARGADANTS, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Esfinge: Naucalpan, 2005. p. 339

⁵⁹ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Óp.cit. p. 116

⁶⁰ MARGADANTS, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Óp.cit. p. 339

⁶¹ *Ibíd.*

actitud frente a una negociación, guiada por malicia, que persigue encaminar la voluntad de otra persona hacia el consentimiento en un negocio jurídico determinado.

El fruto de esta conducta es el error en la contraparte y la consecuente manifestación de voluntad. El error, considerado individualmente, es decir, sin presencia de dolo, constituye un vicio del consentimiento en ciertos casos; sin embargo, la existencia del dolo como vicio, amplía el espectro del error relevante en la normativa romana: “[...] la exigencia social de la defensa del individuo contra el engaño de otro, hace que también ciertos errores, que por sí mismos no podrían influir sobre la validez del acto, lo hagan en cambio atacable cuando son determinados por dolo [...]”.⁶² Esto último justifica la existencia de dolo como vicio del consentimiento como figura autónoma al error.

Hablando del dolo como engaño, se distinguía además del *doluscausamdanscontractui* y el *dolusincidens*. El primero de ellos era determinante para la concertación del negocio; el segundo, solamente para términos concretos del mismo.⁶³ Esta distinción guarda relevancia con los efectos, conforme a lo que veremos en el punto que se expone a continuación.

1.2.2.2. Consecuencias jurídicas y acciones provenientes del dolo.

Para comprender la relevancia del dolo, engaño, durante este tiempo, es fundamental revisar los distintos efectos que la legislación le otorgó. De esta forma, es preciso empezar con lo que señala Eugene Petit al respecto. Dicho autor nos indica que inicialmente no existían, jurídicamente, los vicios del consentimiento en el Derecho Romano, puesto que las solemnidades que rodeaban a la actividad contractual revestían de muchas formalidades para salvaguardar la íntegra manifestación de voluntad. Viciada o no, lo principal era la manifestación de voluntad. En ciertos casos ni siquiera había derecho a indemnización; por esta razón, los contratantes ponían una cláusula de dolo en la que la otra parte se obligaba a indemnizar en caso de actuar de esta manera.⁶⁴

Más adelante ya existían consecuencias jurídicas para estas situaciones. El contratante, víctima del dolo, podía exigir distintas consecuencias que dependían de las circunstancias que rodearon al acto. En primer lugar, se debía distinguir quien causó el

⁶² ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Óp.. cit.p. 117

⁶³ MARGADANTS, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Óp.. cit. p. 340

⁶⁴ PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Óp.. cit. p. 326-327

dolo. Si la persona que la causó fue un tercero, distinto a los contratantes, existía únicamente una indemnización por daños y perjuicios. Si era el otro contratante, debía determinarse si existía un *doluscausamdanscontractuio* un *dolus inciden*⁶⁵; en este último, solamente procedía daños y perjuicios. Por el contrario, en el *doluscausamdanscontractui*, provocado por la contraparte, se desarrollaron tres figuras que podían ser utilizadas por la víctima dentro del Derecho Romano: la *actiodoli*, *exceptiodoli* y la *in integrumrestitutio*.

La *actiodoli* era una acción sui géneris. Esta acción tiene origen penal y es subsidiaria, es decir, se la utilizaba siempre que no existiese otra acción aplicable “se trata, desde su origen, de una acción penal por el *simplum* que debe ejercerse dentro del año, tiene carácter “noxal” y ocasiona la infamia. Por ello es que es “subsidiaria”, es decir no es acordada sino cuando no existe otra vía de procedimiento parara subsanar el inconveniente.”.⁶⁶

Pese al limitado campo de aplicación para esta figura, conforme lo añade Arangio-Ruiz, los supuestos de hecho en los que cabía la misma, se vería ampliada:

[...] fue ampliamente extendida por la jurisprudencia, fuera de su primitivo campo de aplicación; es decir, no sólo cuando hubiese habido engaño en la conclusión del negocio jurídico, sino también en casos en los cuales una de las partes se hubiese comportado maliciosamente frente a la otra en el tiempo posterior, supuesta siempre la ausencia de otros medios judiciales.⁶⁷

Además, sobre la naturaleza de esta acción, es necesario agregar que era la de un delito privado que generaba infamia y obligación de indemnizar; además, fue esta acción la que poco a poco se fue trasladando al Derecho Penal como *stellionatus*.⁶⁸

Por tanto, resumiendo un poco la naturaleza del *actiodoli*, podemos decir que era una acción subsidiaria que, sin embargo, se aplicaba para una amplia gama de casos; me refiero aquellos en los que existía dolo en sentido estricto, como vicio del consentimiento, y aquellos en los que una de las partes contractuales hubiese procedido con mala fe en la fase de ejecución del contrato, por ejemplo, con la manifiesta intención de cumplir sus obligaciones.

⁶⁵ Conforme se indicó anteriormente, el *doluscausamdanscontractui* era el determinante para la celebración del negocio, mientras que el *dolusincidens*, era aquel que no fue determinante pero que influyó en determinada parte de su contenido.

⁶⁶ DI PIETRO, Alfredo. Nota 126. En GAYO. *Institutas*. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1997. p.731

⁶⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Óp.cit.p. 117

⁶⁸ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Óp.cit. p. 426

La *exceptiodoli*, era una excepción que se proponía como contra cara a la acción que exigía el cumplimiento, siempre que el demandado hubiese sido víctima del dolo. La *exceptiodoli* se bifurca en la *specialis* y *generalis*. La primera de ellas se interponía cuando se contrató como consecuencia del dolo. La segunda, en cambio, cuando el demandante no había cumplido con su obligación y exigía el cumplimiento de la contraparte.⁶⁹ Viéndose así, nuevamente como esta acción y excepción se extendió para tutelar a contratantes del dolo *in contrahendo* y del dolo de incumplimiento.

Paralelamente, se desarrolla, de manera progresiva, la facultad de los pretores para anular un negocio jurídico, con la llamada *in integrum restitutio*.⁷⁰ Por intermedio de esta acción, “las cosas se establecen nuevamente en el estado en que estaban antes del contrato”.⁷¹ Justamente es en esta acción el fruto del reconocimiento que los juristas de la época empiezan a otorgar a la importancia de la voluntad en el mundo del negocio jurídico. Se empieza a ver a la voluntad viciada como un problema que afectaba al consentimiento y consecuentemente a la validez del contrato. La naturaleza de esta acción es, a diferencia de las anteriores, estrictamente civil. Podríamos indicar que es el punto de partida, de la separación entre el dolo civil y la estafa.

Lo antedicho puede resumirse en algunos pasos. Primero, el dolo era prácticamente irrelevante. Segundo, se convierte delito privado aplicable en determinados casos. Finalmente, se convierte en el fundamento una acción estrictamente civil, concibiéndola ya como un fenómeno que atenta a la voluntad privada antes que a cualquier otra cosa.

1.2.3. Del Derecho romano a nuestro a Código Civil.

Como es bien sabido, el Imperio Romano se extendió por gran parte del mundo occidental conocido en ese entonces. Durante la edad media, la recepción del Derecho Romano Justiniano, periodo postclásico, tuvo fuerte influencia en el Derecho Privado Castellano y europeo, particularmente, en el mundo contractual y obligacional que es el que nos concierne.⁷² Dentro de los elementos romanistas que destacaron en esta época, se encuentra el que “Que siempre presida la buena fe, como medio de evitar malicias, vicios e

⁶⁹ MARGADANTS, Guillermo. *El Derecho Privado Romano* Óp.cit. p. 340

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Óp.cit.p. 327

⁷² REIG, José. “V. Derecho Castellano”. En LARREA, Juan y REIG, José. *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador*. Universidad Católica Santiago de Guayaquil: Guayaquil, 2000. p.58

irregularidades, siempre todo originado en la mala fe [...]”⁷³ Por lo que es claro que conceptos romanistas como el dolo perduraron durante esta época, con mayor o menor distorsión, junto con el estelionato, conforme se señaló anteriormente. El Derecho europeo continental, por intermedio de la conquista, fue una de las principales fuentes del Derecho de nuestra región.

El Código Civil ecuatoriano, donde se encuentra descrita la figura del dolo como vicio del consentimiento, proviene directamente del Código Civil elaborado por Don Andrés Bello.⁷⁴ Este Código, “[...] conjuga los principios romanistas con las soluciones del Código de Napoleón y de otros ordenamientos de la época”.⁷⁵ Cabe recalcar que el Código francés, también conocido como Napoleónico, tiene como base sustancial al *Corpus iuris civile*, codificación de Derecho Romano.⁷⁶ De esta forma, es inevitable que nuestro sistema jurídico contenga preceptos de dicho origen.

Desde que se publicó este código por primera vez en nuestro país, ya se contemplaba al dolo como vicio del consentimiento. El texto que mantenía en ese entonces era el siguiente: “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”.⁷⁷ Que es exactamente el mismo que maneja nuestra actual legislación.⁷⁸ Por lo tanto, resultaría superfluo analizar la evolución normativa de esta figura en nuestra legislación.

Con estos antecedentes, la figura del dolo como vicio del consentimiento se mantiene hasta nuestros días de manera casi intacta. La estructura jurídica de la figura, así como sus efectos, siguen una línea muy similar a la que se manejaba en el Derecho Romano. Tanto es así, que si revisamos el diccionario de la Real Academia Española, diccionario oficial de nuestra lengua, encontramos acepciones similares a las que se manejaba en el Derecho Romano. Es decir, explica que la palabra es utilizada como engaño, ánimo de delinquir, vicio del consentimiento y dolo de incumplimiento, entre

⁷³ REIG, José. “V. Derecho Castellano”. En LARREA, Juan y REIG, José. *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador*. Óp. cit. p. 61

⁷⁴ LARREA, Juan. “III. Inicios de la república independiente.” En LARREA, Juan y REIG, José. *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador*. Óp. cit. p. 262

⁷⁵ RAVINOVICH, Ricardo. *Recorriendo la Historia del Derecho*. Óp. cit. p. 377

⁷⁶ CARRANZA Jorge. *Código de Napoleón. Reseña histórica y estructura*. En <http://www.notaria36df.com.mx/site/images/stories/articulos/codigo.pdf>

⁷⁷ Código Civil. Art. 1436. Registro Auténtico de 3 de diciembre de 1860.

⁷⁸ Código Civil. Art. 1499 Registro Oficial. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

otras.⁷⁹ El Derecho Romano, en ciertas instituciones jurídicas que incluyen al dolo, mantiene vigencia en nuestra normativa e incluso en nuestra lengua.

1.3.Conclusiones

Es claro con los antecedentes históricos que la raíz del problema no es contemporánea. La repulsión social hacia los actos de engaño y las mentiras ha sido durante milenios parte de nuestra moral y Ley. Por lo mismo, se ha reprimido penalmente por civilizaciones y creencias antiguas, conforme a lo anotado en el presente capítulo.

Por lo mismo, la cúspide de la que desemboca la problemática actual data desde el Derecho Romano que fue probablemente uno de los más completos y evolucionados de sus tiempos. Por lo mismo, se lo sigue estudiando en casi todas las escuelas de Derecho que conocemos. Los romanos se percataron del peligro del engaño y crean un delito privado (*actiodoli*) que posteriormente desemboca en el estelionato, antecedente directo de nuestro delito de estafa. Paralelamente, se desarrolla una acción para resolver los contratos que han sido fruto del dolo. En general, podría decirse que en el evolucionado Derecho Romano habrían tres resultados posibles de una acción dolosa: una conducta jurídicamente irrelevante, dolo bueno; una sanción penal, estelionato; y, finalmente, un contrato anulado.

Revisando nuestra normativa penal histórica, se observó que el límite era en principio más complicado, puesto que obtener un contrato con ciertos engaños ya era considerado un delito sin más consideraciones. Posteriormente, desaparece el tema del contrato en la tipificación del delito, solucionando parcialmente el problema. Sin embargo, muchas de las acciones de disposición descritas en los tipos penales subsiguientes son normalmente fruto de un contrato o acuerdo de voluntades, por lo que se mantiene el problema hasta la fecha.

De lo observado, existe una línea gris bastante amplia alrededor del engaño. Una línea gris que fluctúa entre la nulidad del negocio y el delito de estafa, entre el mentiroso y el delincuente, y entre las restituciones recíprocas y la sanción penal. Una línea gris que separa dos campos tan distantes, no hace sino generar incertidumbre del resultado jurídico de una situación. Esto más cuando parece ser que lo que define a una y otra situación son

⁷⁹ Diccionario de la Real Academia Española. *Dolo*. <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=48VL7N2msDXX2GDdG8mT> (Acceso: 09/02/2014)

matices morales, sociales y culturales, lo que repugna a la estricta legalidad que se persigue en la dogmática penal. Por lo tanto, separar a la estafa de lo contractual y, consecuentemente, de los vicios del consentimiento, se convierte en una difícil tarea.

2. LA ESTAFA

Conforme se pudo apreciar en el capítulo que nos antecede, el delito de estafa es un delito antiguo. Sin embargo, su vigencia y relevancia se mantiene intacta hasta nuestros tiempos. A lo largo de la historia occidental y nacional sus elementos han evolucionado. Nuestra normativa vigente, nueva al momento de elaboración de esta tesis, nos obliga a hacer un análisis pormenorizado de sus elementos para tener una buena comprensión de la misma. A continuación se desarrolla un análisis de su tipicidad y principales consecuencias.

2.1. Elementos del tipo penal de estafa

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) tipifica a la estafa de la forma en que se expuso en el capítulo anterior. Debido a los requerimientos del presente capítulo, se repite a continuación su texto:

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.⁸⁰

A partir de las distintas formas en que se tipifica a la estafa, cuyas estructuras mantienen su esencia, la doctrina y la jurisprudencia han determinado los elementos necesarios para que se configure este delito.

La Jurisprudencia ecuatoriana se ha manifestado de forma más o menos concordante con respecto a estos elementos. Así, en un fallo 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.⁸¹

Es decir, reconoce los siguientes elementos: el dolo, que incluye ánimo de lucro, el engaño y la entrega. En casos más recientes, se sigue manejando un criterio similar:

⁸⁰ Código Orgánico Integral Penal. Art. 186. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Penal. Expediente de Casación 11. Publicado en el Registro Oficial 15 de 5 de febrero de 2007.

[...] el delito de estafa, tipificado en el artículo 563 del Código Penal, tiene una estructura compleja, por lo que si se alega su existencia se debe demostrar su integración típica, siendo de especial preponderancia el engaño, como elemento característico de esta incriminación; pero además, es indispensable que se establezca el perjuicio, esto es la lesión al bien jurídico protegido que es la propiedad en un sentido amplio, siendo el núcleo de la acción el hacerse entregar bienes ajenos con la finalidad de apropiarse de ellos.⁸²

En la doctrina nacional no encontramos mayores referencias en este sentido.

Ernesto Albán hace un breve análisis de esta figura delictual tipificada en el anterior Código Penal⁸³ y explica las particularidades que componen a este delito. De esta forma los elementos serían hacerse entregar (núcleo), bienes determinados en la ley (objeto material), un acto engañoso y el ánimo de lucro (propósito de apropiarse de una cosa).⁸⁴ Albán mantiene un criterio similar al de nuestra jurisprudencia.

En la doctrina internacional existen algunas posturas sobre los elementos de la estafa. Si bien estas desarrollan con mayor minuciosidad, mantienen una estructura parecida. De esta manera, el mexicano Zamora-Pierce dice que para que se configure 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.⁸⁵ López y Porte dividen los elementos entre objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos son, la acción de engañar, el error, disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial; los elementos subjetivos son el ánimo de lucro y el dolo.⁸⁶

Los argentinos manejan criterios similares. Creus y Buompadre, consideran que los elementos son la disposición patrimonial, el perjuicio, ardid o engaño, error, causalidad entre error y disposición, y el elemento subjetivo de la finalidad del beneficio.⁸⁷ Donnadivide entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. El primero de ellos está

⁸² Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Juicio No. 014-2010. Registro Oficial Suplemento 26, 22 de Julio del 2013

⁸³ La anterior tipificación del delito de estafa era la siguiente: “[e]l 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”. Código Penal. Artículo 563. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971

⁸⁴ ALBÁN, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Tomo II. Parte Especial. Ediciones Legales: Quito, 2011. p. 443-446

⁸⁵ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El fraude*. Óp. cit. p. 23

⁸⁶ LÓPEZ, Eduardo y PORTE, Luis. *El Delito de Fraude*. Óp. cit. p. 29-30

⁸⁷ BUOMPADRE, Jorge y CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte Especial I*. Astrea: Buenos Aires, 2007. p. 511-516

compuesto por (1) engaño, (2) error (3) relación de causalidad entre el engaño y el error, (4) disposición patrimonial y (5) el perjuicio patrimonial. Por otro lado está, conforme a este autor, el tipo subjetivo que está compuesto por el dolo.⁸⁸

Considerando que nuestro Código Orgánico Integral Penal maneja los conceptos del tipo objetivo y el tipo subjetivo. A continuación se pormenorizarán los elementos objetivos y subjetivos que contiene el tipo penal de la estafa, abarcando la mayoría de los requisitos expuestos anteriormente. Se abordará al tipo objetivo a partir de los siguientes puntos: el engaño, el error, la disposición patrimonial (incluyendo al perjuicio) y la relación causal entre los elementos. Al revisar al tipo subjetivo se estará ante el dolo y el ánimo de lucro.

2.1.1. El tipo objetivo.

La tipicidad objetiva del delito es un concepto de la dogmática penal que se refiere a la descripción realizada por el legislador en relación con la conducta exteriorizada por sujeto activo del delito. Es decir, a la materialidad activa u omitiva desplegada por la persona que será castigada por la legislación penal nacional. A continuación estudiaremos a la luz de la doctrina y la tipificación del delito de estafa en el Código Orgánico Integral Penal.

2.1.1.1. El engaño.

El engaño está tipificado en el COIP como un elemento objetivo de medio. La frase exacta en la que el legislador planteó este elemento es la siguiente: “[...] mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos [...]”.⁸⁹ A partir de esta corta frase, se pueden desarrollar un sinnúmero de distintas teorías y disquisiciones doctrinarias que merecen ser evaluadas para el presente estudio.

Antes que nada, en las algunas fuentes que se refieren a este tema, directas o indirectas, encontramos referencias en las que utilizan a los términos ardid y engaño de manera indistinta. Sin embargo, ya a nivel doctrinario si se habla de diferencias. Así, Buompadre y Creus nos explican que el ardid consiste en la utilización de maniobras u artificios, mientras que el engaño es una afirmación o negación contraria a la verdad.⁹⁰ Para

⁸⁸ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit.p. 273-338

⁸⁹ Código Orgánico Integral Penal. Art. 186. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

⁹⁰ BUOMPADRE, Jorge y CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte Especial 1*. Óp. cit. p. 512

efectos del presente trabajo, nos referiremos al engaño en sentido amplio como todo medio engañoso tendiente a distorsionar la representación de la realidad en un sujeto pasivo, ya consista esto en un ardid o engaño en sentido estricto.

El engaño es quizá la característica más visible del delito de estafa. Es así, que casi todos los autores que tratan sobre este delito dedican gran parte del contenido a tratar este tema. Al abordar teóricamente al engaño debe tenerse en cuenta algunos distintos momentos. Primero, sobre la idoneidad del engaño. Segundo, qué medios pueden emplearse para engañar. Tercero, debe tratarse el tema de la mentira. Por último, debe definirse qué sucede con el engaño por omisión o silencio.

2.1.1.1.1. Idoneidad del engaño.

Sobre el primer punto, el clásico Francesco Carrara nos presenta dos ejemplos de personas que engañan: una mendiga andrajosa que afirma adivinar números y otra que, además de afirmarlo, esta vestida como millonaria. Para el autor, quien sea engañado por la primera sería un incauto, mientras que quien haya sido perjudicado por la segunda, sería una persona crédula que merece la protección penal.⁹¹ Donna, por su parte, señala 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 absorbido por el Derecho Penal.⁹²

De esto, queda claro que no toda falta a la verdad puede constituir un engaño. Por el contrario, si bien es cierto que la norma no lo dice explícitamente, se requiere de determinada gravedad en el engaño para la conducta sea penalmente relevante, con esto me refiero a la idoneidad del engaño. Requisito particularmente importante para el tema de la tentativa y para determinar la relación entre el engaño y el error.

La idoneidad debe, de acuerdo a la mayoría, medirse a partir de la víctima. Así, Para Maggiore basta que la persona haya sido engañada y agraviada para que sea idóneo el engaño.⁹³ En el mismo sentido, Fontán Balestra afirma que si el engaño ha logrado su fin es idóneo y que es fundamental tomar en cuenta este requisito para los casos de tentativa,

⁹¹ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Óp. cit. p. 428

⁹² DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit. p. 280

⁹³ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI: Parte Especial. Abeledo Perrot: Buenos Aires. p. 44

pues ante la idoneidad del medio, se presenta la posibilidad de que estemos frente a un delito imposible. Añade que es fundamental la actitud del sujeto activo destinada a inducir a error a la víctima,⁹⁴ cuestión que hace referencia al elemento subjetivo del tipo penal.

Siguiendo las mismas líneas, Carrara sostiene que es idóneo siempre que se logre engañar a la víctima. Además, indica que en principio es imposible la tentativa, puesto que si no logró inducir a error el medio es inidóneo; no descarta la posibilidad de que no se haya alcanzado el error en la víctima por causas ajenas al sujeto activo. En este último caso, si habría tentativa.⁹⁵ Buompadre y Creus mantienen una línea similar, en cuanto a que es relevante solamente para valorar la tentativa y que en este caso hay que valorar las circunstancias del sujeto pasivo.⁹⁶

Resumiendo un poco estas posturas podríamos indicar lo siguiente: cuando el engaño hubiese logrado error en la víctima, es siempre idóneo. En aquellos casos en los que la víctima dispone de su patrimonio causándose un perjuicio, existe un delito consumado. En aquellos casos en los que por cualquier circunstancia no lo hubiese hecho, entonces podríamos hablar de una tentativa.

Otros autores, como Manzini, Ortonlán, Chauveau y Pessina miden el requisito de idoneidad de manera similar y le agregan un requisito especial. Para ellos “basta que el engaño importe una fuerza superior a los medios ordinarios de defensa individual, medios de defensa que deben considerarse con relación al sujeto pasivo en concreto.”⁹⁷ 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, tema que se abordará más adelante.

Donna agrega que además debe valorarse al engaño desde una perspectiva objetiva para determinar la idoneidad de este para inducir en error a una persona:

Objetivamente será preciso que el medio engañoso empleado sea adecuado para hacer incurrir en error a una persona normal o media teniendo en cuenta las reglas y costumbres atinentes al tráfico o actividad en cuestión [...] Se supone un punto de partida

⁹⁴Id. p. 46

⁹⁵ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Óp. cit. p. 430

⁹⁶ BUOMPADRE, Jorge y CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte Especial I*. Óp. cit. p. 513-514

⁹⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Óp. cit. p. 45

objetivo, de idoneidad general, que luego será corregido tomando a la situación particular del caso y de la víctima.⁹⁸

Partiendo de esto, debe 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.

En todo caso, para revisar la idoneidad del engaño deberá examinarse los puntos antes expuestos. Primero, que no sea un engaño socialmente tolerado. Segundo, que 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.

Esto se explica a partir de la conducta penalmente relevante y el peligro al bien jurídico. Nuestro texto legal nos indica lo siguiente: “Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.”⁹⁹ En concordancia se encuentra el art. 22 del COIP que requiere también que exista peligro para que la conducta sea penalmente relevante.¹⁰⁰

2.1.1.1.2. *Formas del engaño.*

Se puede clasificar a las tipificaciones de este delito en relación con el engaño de dos formas. Ciertas tipificaciones, como el modelo francés que vimos anteriormente, tienen explícito los medios de engaño.¹⁰¹ Otras, por su parte, como la nuestra o la mexicana,¹⁰² utilizan una fórmula genérica para describir el engaño. Zamora-Pierce considera que esta última forma es más apropiada, puesto que “[e]l engaños de naturaleza proteica. No tiene límites, porque es hijo de la imaginación humana, que carece de ellos.”¹⁰³

Ahora bien, a partir de nuestro Código podemos encontrar tres tipos de conductas consideradas engañosas. Primero, aquellas que simulan hechos falsos, segundo, las que

⁹⁸DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit. p. 310-311

⁹⁹Código Orgánico Integral Penal. Art. 29. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁰⁰Código Orgánico Integral Penal. Art. 22. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁰¹Si revisamos el texto del anterior delito de estafa se describían las conductas engañosas. Se explicaban los medios engañosos así: “[...] 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 [...]”. Código Penal. Artículo 563. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971

¹⁰²ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp. cit. p. 28-29

¹⁰³ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp. cit. p. 29

deforman hechos verdaderos y, tercero, aquellas que ocultan hechos verdaderos. Simular un hecho falso, implica generar una representación en el sujeto pasivo de una realidad completamente inexistente. Por ejemplo: una persona manifiesta ser gerente de una compañía, cuando dicha compañía no existe. También puede darse en aquellos casos en los que se finge ser una persona que no es, por ejemplo, Juan dice que es Pedro. Deformar hechos reales, hasta cierto punto también consiste en simular una realidad no existente, pero en este caso se parte de un hecho real. Así, alguien puede afirmar que Pedro murió por consumir Coca-Cola con leche, cuando en realidad se suicidó.

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. A continuación revisaremos a la mentira y a la omisión. Determinar si es que el engaño puede producirse a través de estos medios es fundamental.

2.1.1.1.3. La mentira.

Uno de los temas más polémicos en lo que respecta con el delito de estafa y las formas de engaño es el de la mentira o engaño verbal. Para determinados juristas es fundamental que el estafador acompañe al engaño con elementos materiales. Para otros, no, pues podría este consistir en actuaciones puramente verbales.

Para Donna 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 tesis encuentra su fundamento en la doctrina francesa del *mise en scène* o puesta en escena. 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.¹⁰⁴

Del ejemplo expuesto anteriormente por Carrara, sobre la mendiga andrajosa y la que parece millonaria, se entiende que él opta por un criterio restringido, es decir, se

¹⁰⁴ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit. p. 278

necesita una puesta en escena material. En capítulos posteriores veremos como este autor se fundamenta en esta doctrina para distinguir al dolo civil del dolo penal en los fraudes.

Para Creus y Buompadre existe la posibilidad de que una mentira, siempre que sea razonable y exista un nexo causal, pueda considerarse como una conducta penalmente engañosa. Para ellos debe hacerse una valoración caso por caso que involucre las condiciones del sujeto pasivo. En definitiva, la mentira, dependiendo el caso, puede consistir en una forma penalmente relevante de falsear la realidad.¹⁰⁵

FontánBalestra afirma que si bien no es necesario una materialidad, es fundamental distinguir a la mentira del engaño, y dice:

Lo primero supone afirmar una falsedad, cuya creencia queda librada a la buena fe del tercero; lo segundo implica algo más cierta entidad objetiva que permita reconocer la existencia del nexo causal entre el engaño y el error, de modo que éste no pueda ser atribuida únicamente a la credulidad que el individuo sólo puede reprocharse a sí mismo, al menos jurídicamente.¹⁰⁶

Es decir, exige que el engaño este revestido de objetividad, al parecer, se refiere a la idoneidad. Según Ernesto Albán, quien mantiene un criterio similar, los requisitos de materialidad del criterio restringido no requieren una gran puesta en escena, bastaría con una materialidad mínima como un papel; señala él que es este es el criterio que sigue la mayor parte de la doctrina.¹⁰⁷

La postura de Donna en este aspecto, consiste 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 la idoneidad para inducir a error y la naturaleza del negocio 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.¹⁰⁸ Es decir, también considera que la idoneidad es un parámetro fundamental para que una mentira constituya estafa.

¹⁰⁵ BUOMPADRE, Jorge y CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte Especial I*. Óp. cit. p. 514

¹⁰⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Óp. cit. p. 40

¹⁰⁷ ALBÁN, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Tomo II. Óp. cit. p. 444-445

¹⁰⁸ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit. p. 293-394

El COIP utiliza las palabras simulación de hechos falsos y deformación de hechos verdaderos. El Diccionario de la Real Academia Española define a simular como “Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es.”¹⁰⁹ De esta forma, parecería que no requiere materialidad alguna pues se puede representar de forma verbal una realidad falsa o deforme a otra persona. Parecería que el criterio de Donna es el más acertado, pues en un mundo donde la comunicación es cada vez más importante y la materialidad menos, es fundamental la buena fe en los procesos de negociación. En el mundo de los negocios 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.

El dogma social de “ver para creer” es cada vez más alejado de la realidad en un mundo donde se revoluciona la comunicación y se requiere celeridad en los negocios. De todas formas, es importante señalar que la mentira *per se*, o la llamada simple mentira, no equivale a engaño pero se lo puede considerar como uno cuando las condiciones del caso lo permitan que normalmente se referirá concretamente a la idoneidad del medio empleado.

2.1.1.1.4. *El engaño por omisión.*

El engaño omisivo o por silencio es uno de los temas que más discusión generan en otras legislaciones. De la literalidad del delito debe destacarse dos cosas. Primero, el ocultamiento es considerado como un medio engañoso. Es decir, no es necesario que se demuestre una falsa realidad. Por otro, debe ser el sujeto activo quien induzca a error y no quien aproveche de este.

En algunas legislaciones la estafa se encuentra tipificada de forma expresamente positiva. Así, se exige que se emplee determinadas maquinaciones tendientes a generar una falsa representación de la realidad. Esto implicaría simular un hecho inexistente o deformar uno real. En cambio, en el COIP se habla del ocultamiento de hechos verdaderos. La forma ordinaria de ocultar algo es a través del silencio o la omisión.

Otro tema que debe descartarse es el aprovechamiento del error preexistente como forma de cometer el delito de estafa. Otras tipificaciones como la mexicana incluyen a este

¹⁰⁹ Diccionario de la Real Academia Española. *Simular*. <http://lema.rae.es/drae/?val=simular>

supuesto como medio para estafar.¹¹⁰ La nuestra claramente indica que el ocultamiento es lo que induce a error al sujeto pasivo, excluyendo implícitamente al aprovechamiento del error preexistente como medio para este delito.

Para que el silencio o la omisión sean determinantes en el error deben reunirse determinadas características. En principio, pues, uno no tiene la obligación de señalar todo tipo de circunstancias a otras personas. En aquellos casos, no puede decirse que el silencio o la omisión induzcan a error, pues las personas o no fueron diligentes o ya tenían una noción equivocada de la realidad.

En cambio, existen determinados casos en los que la normativa o la costumbre, expresamente obligan a una persona a declarar un determinado hecho. Las otras personas, en estos casos, al no recibir dicha información, asumen que no existe. Es este ocultamiento el que generaría un error en la contraparte y posiblemente su acto de disposición patrimonial. 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.

2.1.1.2. El error.

El fruto de la maniobra engañosa es el error. Si bien no tiene la misma complejidad que el engaño, su presencia es fundamental para que se configure el delito de estafa. Una de las principales características del este delito es que requiere la colaboración de la víctima. Sin que esta voluntariamente realice un acto de disposición, estaríamos frente a otro delito. Donna afirma lo siguiente:

Aquí el error adquiere una importancia vital, pues, a diferencia de otros delitos como el hurto o el robo, no se trata de “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.¹¹¹

La autolesión de la víctima es un requisito *sine qua non* para percatarnos que no estamos frente a un robo o un hurto. Si una persona engaña para distraer a alguien y tomar sus bienes, estaríamos frente a un hurto y no una estafa, puesto que no existió el error que provoque la autolesión de la víctima.

¹¹⁰ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp. cit.p. 23

¹¹¹ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit.p. 300-301

Al error, en términos generales se lo define como “Concepto equivocado o juicio falso.”¹¹² Para efectos de este delito, se entiende que nos referimos a un “[e]stado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial.”¹¹³ Por esta razón, se dice que este elemento es un nexo o estado intermedio entre el engaño (característico de la estafa) y sus consecuencias. FontánBalestra define a este estado psicológico como “[...] la falta de conocimiento o el conocimiento falso de algo [...]”¹¹⁴ Por su parte Donna lo explica como una discordancia entre la realidad objetiva y la realidad subjetiva.¹¹⁵

La doctrina nos explica los requisitos que deben envolver al error para que sea penalmente relevante. Primero que nada, para que exista un error debe existir conciencia. De esta forma, quienes sean absolutamente incapaces de tener un criterio razonable, no podrán tener uno erróneo y correlativamente tampoco ser víctimas de este delito; bastaría, sin embargo, que tenga cierta suficiencia psíquica o capacidad parcial capacidad para que pueda provocarse un error en esta persona.¹¹⁶

A esto, Buompadre y Creus le agregan el requisito de que el error sea patrimonialmente relevante:

[...] el fraude tiene que estar enderezado a crear un error patrimonialmente relevante, cuando no recae sobre el alcance patrimonial de la disposición a la que se pretenda inducir al sujeto pasivo, sino sobre circunstancias accesorias, no estaremos en el terreno de la estafa.¹¹⁷

Esto es esencial para que el error sea efectivamente el nexo que une a los otros elementos. El error debe también consistir en una representación convincente de la realidad. La víctima debe encontrarse convencida de que la representación que se le ha presentado a través del engaño coincide con la realidad.¹¹⁸

Siendo este error convincente, patrimonialmente relevante y producido en una persona con al menos limitada capacidad, se adecúa al elemento descrito en el tipo penal.

¹¹² Diccionario de la Real Academia Española. *Error*. <http://lema.rae.es/drae/?val=error>

¹¹³ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit.p. 299

¹¹⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Óp. cit.p. 47

¹¹⁵ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit.p. 300

¹¹⁶ Id.p. 301

¹¹⁷ BUOMPADRE, Jorge y CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte Especial 1*. Óp. cit. p. 511-516

¹¹⁸ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit.p. 300

Este estado psíquico es el que conduce a la víctima a lesionar su propio patrimonio de forma voluntaria aunque viciada.

2.1.1.3 Disposición patrimonial y perjuicio.

Una vez que el engaño ha producido su efecto, el error, en el sujeto pasivo, este procede a realizar un acto perjudicial para su patrimonio o el de una tercera persona. En algunas tipificaciones como la que adoptaba nuestra anterior legislación penal, se describen los actos de disposición constitutivos de estafa.¹¹⁹ Nuestra actual tipificación no mantiene esta estructura. Por lo tanto, no es necesario un estudio pormenorizado de las conductas antes descritas. La dificultad aparece al establecer qué es un perjuicio patrimonial. Al responder esta interrogante, bastaría con que el sujeto pasivo o una tercera persona realicen un acto que tenga este efecto para determinar que realizó una disposición patrimonial típicamente relevante.

Cabe aclarar que de acuerdo a nuestra actual tipificación, quien incurre en el error no necesariamente es el sujeto pasivo del delito, pues se abre la puerta a que el primero realice un acto que perjudique el patrimonio ajeno. Este último vendría a ser la víctima y sujeto pasivo del delito, pues la norma busca evitar perjuicios al patrimonio mediante engaño, indistintamente de quien haya sido engañado.

De esta manera, revisaremos al bien jurídico protegido y las formas en las que éste puede verse perjudicado por su titular para que se configure el delito de estafa.

2.1.1.3.1 El bien jurídico protegido.

Primero que nada, debe dilucidarse cuál es el bien jurídico protegido. El delito de estafa se encuentra dentro de la Sección Novena del COIP sobre los delitos contra el derecho a la propiedad. La propiedad, jurídicamente, es un derecho real definido en nuestro Código Civil, sin embargo, la doctrina nos enseña que en materia penal estos delitos no protegen técnicamente a la propiedad en sentido estricto.

Para Zamora-Pierce, el bien jurídico protegido es el patrimonio, tomando en cuenta su valor global como el conjunto de activos y pasivos.¹²⁰ López y Porte comparten ese

¹¹⁹ Así, se debía disponer de “[...] fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos [...]”. Código Penal. Artículo 563. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971

¹²⁰ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El fraude*. Óp. cit. p. 149

criterio y descartan que sea la propiedad en sentido estricto lo que protege el delito.¹²¹ Buompadre y Creus indican que es todo tipo de “propiedad” defendida por el Derecho Penal, incluso aquellas tenencias o posesiones valiosas.¹²² Donna 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* [...]”.¹²³

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 aparece en delimitar el campo del patrimonio jurídicamente protegido por el delito de estafa.

Una primera forma de mirar al patrimonio, es a través desde 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”.¹²⁴ Sin embargo, esta concepción ha sido abandonada y criticada, entre otras razones porque caerían como estafa casos en los que se afecte un derecho subjetivo que no tenga valor económico.

Como contrapartida a este, surge 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 si es que posee un derecho subjetivo o no.¹²⁵ Esta postura puede conducir a un problema lógico: el Derecho Penal protegería bienes patrimoniales que carecerían de protección en cualquier otra área del Derecho, contrariando al principio de mínima intervención.

Ante las críticas que generan las teorías expuestas, de la mano de Welzel, aparece la teoría mixta del patrimonio; según esta debe entenderse al bien jurídico protegido como los valores económicos que además tengan protección del bien jurídico protegido.¹²⁶ Esta teoría es también abrazada por Donna, quien además agrega que, desde la perspectiva económica, no solamente debe tomarse en cuenta los valores pecuniarios sino también “las

¹²¹ LÓPEZ, Eduardo y PORTE, Luis. *El Delito de Fraude*. Óp. cit. p.50

¹²² BUOMPADRE, Jorge y CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte Especial 1*. Óp. cit. p. 511

¹²³ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit. p. 266

¹²⁴ ROMERO, Gladys. “El perjuicio patrimonial en el delito de estafa”. *Revista de Derecho Penal. Estafas y otras defraudaciones*. II. DONNA, Edgardo (dir). Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2000. p. 119-120

¹²⁵ Id. p.120

¹²⁶ Id. p.121

necesidades y fines del engañado”.¹²⁷¹²⁸ Parecería esta última noción del bien jurídico protegido la más precisa y la que menos problemas generaría.

2.1.1.3.2 *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. El inciso cuarto del art. 186 del COIP, artículo en el que se tipifica la estafa, señala que cuando se perjudique a cierto número de personas o tenga un cierto valor de perjuicio la pena será la máxima. Con esta frase queda claro que para que se configure el tipo penal debe haber un resultado y a este resultado lo llamamos perjuicio patrimonial. La doctrina, la historia y la normativa, coinciden en que estamos frente a un delito de daño y no de peligro.

Resulta bastante obvio que 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 con respecto a nuestra tesis. 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.

Revisemos la primera situación. El engaño muchas veces viene acompañado de una contraprestación. Esta contraprestación puede tener un valor patrimonial menor que el dispuesto por el sujeto pasivo, tener un valor mayor a aquel o igual. En el primer caso no existe duda alguna sobre el perjuicio patrimonial, toda vez que el valor del patrimonio se encuentra objetivamente reducido.

En los otros casos si existe un problema. Por un lado, el valor pecuniario del patrimonio no ha disminuido. Por otro, el sujeto pasivo dispuso de su patrimonio para recibir algo que en realidad no quería y siente que se encuentra afectado. Sostiene Donna que partiendo de la premisa de que el patrimonio penalmente relevante se define a partir de

¹²⁷ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit. p. 271

¹²⁸ Esto último lo dice a propósito del concepto personal del patrimonio, según el cual es fundamental la importancia que tiene para la víctima un determinado bien, no solamente el valor pecuniario. Desde su perspectiva, la noción jurídica económica del patrimonio solucionaría aquellos casos.

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”.¹²⁹

Por ejemplo, me venden un metal ordinario a precio de mercado presentándome a éste como un metal precioso; 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 consideran que el desequilibrio económico entre las prestaciones es necesario para que se configure el delito; así indica que se requiere “[...] un desequilibrio enmascarado del valor de las prestaciones [...]”.¹³⁰ Siguiendo esta línea de pensamiento, en cambio, el mismo ejemplo no sería un delito.

Cuando el acto de disposición sea material, es lógico que bastaría 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 condonación 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 *per se* implique perjuicio patrimonial. Donna, por ejemplo, señala lo siguiente:

¹²⁹ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit. p. 331

¹³⁰ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp. cit. p. 131

Por ello, 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.¹³¹

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 Creus y Buompadre 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 terreno de la tentativa, pero no de la tipicidad completa de la acción punible.¹³²

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, para esta situación, 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.” Encuentra la justificación en que este daño no es meramente potencial, pues para librarse de aquella necesitaría una acción judicial.¹³³

Reynoso, mexicano, de forma similar a Carrara señala que al obligarse mediante contrato ya existe un daño patrimonial desde el momento en el que el contrato se ha perfeccionado.¹³⁴ Para Zamora-Pierce, es la reducción del patrimonio lo que configura un perjuicio, ya sea por un nuevo pasivo o un nuevo activo.¹³⁵

¹³¹ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit. p. 330

¹³² BUOMPADRE, Jorge y CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte Especial I*. Óp. cit. p. 511-512

¹³³ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Óp. cit. p. 428

¹³⁴ REYNOSO, Roberto. *Delitos Patrimoniales*. Porrúa: México D.F., 1999. p.219

¹³⁵ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp. cit. p. 29

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 crédito para exigir a la otra persona. En este sentido, generaría mayores problemas que soluciones. Frente a esta última tesis, además, 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.

Pueden presentarse determinados casos, sin duda, en los que el nacimiento de la obligación ya genera un perjuicio. Por ejemplo, determinadas empresas tienen que registrar todos sus pasivos y en función del patrimonio podrán desarrollarse en el giro de sus negocios.¹³⁶

2.1.1.3.3. Consideraciones generales sobre el acto de disposición y el perjuicio.

Conforme se ha establecido en los anteriores párrafos, el bien jurídico protegido no es la propiedad en sentido estricto, sino más bien el patrimonio. El patrimonio relevante para efectos de este delito es aquel que se encuentra jurídicamente protegido y a su vez tiene una valoración económica. Excluyendo, así, a los bienes que no están protegidos por el Derecho, como los que son fruto de un delito, y también a aquellos que tienen una valoración puramente sentimental, puesto que en estos casos no se afectaría al patrimonio.

Para que se configure el delito de estafa, es necesario que el sujeto pasivo (o el engañado), voluntariamente, realice cualquier acto material o jurídico que perjudique su patrimonio (o el de una tercera persona, la víctima). Con respecto a los actos perjudiciales hay dos casos en los que se presenta especial complicación. El primero de ellos es cuando el sujeto pasivo realiza un acto de disposición y recibe una contraprestación, bajo engaño, que no tiene valor inferior. El segundo caso es cuando el sujeto pasivo, como fruto del engaño, se obliga con respecto a otra. En ambos casos se plantean distintas teorías que deberán ser tomadas en cuenta al momento de resolverse el problema.

¹³⁶ Sería este el caso de las aseguradoras que pueden emitir pólizas en función del patrimonio que tengan y reportar todos sus pasivos.

2.1.1.4. Relación entre los elementos.

Finalmente, para que se configure el delito de estafa es necesario que exista una relación de causalidad entre sus elementos. El engaño ejecutado por el sujeto activo debe producir un error en la víctima. Este error producido en el sujeto pasivo lo lleva a realizar un acto de disposición que le genera un perjuicio. En palabras de Fontán-Balestra, existiría una doble relación de causalidad en el delito de estafa “el medio fraudulento debe haber provocado el error y éste, a su vez, debe haber sido determinante de la prestación.”¹³⁷

Zamora-Pierce señala que existe unanimidad en la doctrina con respecto a que si el error no es fruto del engaño no hay delito.¹³⁸ 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.¹³⁹ 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. La conducta quedaría 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.

Para Donna es fundamental “[...] atendera las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta, como vimos antes, las reglas y costumbres vigentes en el tráfico o actividad.”¹⁴⁰ A partir de estos parámetros y de las circunstancias concretas de caso podríamos determinar si es que medió o no negligencia de la víctima. Concretamente en el ejemplo del mendigo andrajoso que dice adivinar la suerte podemos encontrar un ejemplo de un engaño inidóneo que si le causa perjuicio e induce a error a una persona, estaríamos frente a un caso de error por negligencia de la víctima.

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. Buompadre y Creus afirman que:

¹³⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Óp. cit.p. 45

¹³⁸ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp. cit. p. 178

¹³⁹ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit.p. 310

¹⁴⁰ *Ibíd.* p. 314

Es el error en que incurre la víctima a raíz de la conducta del agente el que tiene que determinar la disposición patrimonial de aquélla; lo cual no ocurre cuando al disposición ha sido determinada por una causa extraña al error que el agente suscitó en la víctima, como sería una creencia equivocada de ella engendrada en su propia conducta o en la conducta de un tercero extraña a la del autor.¹⁴¹

En conclusión, para la aplicación de la estafa, en lo que se refiere a los elementos objetivos, se requiere una concurrencia conexa y causal entre los distintos elementos que la componen.

2.1.2. El tipo subjetivo.

El COIP describe en sus artículos 26, 27 y 28, los distintos componentes subjetivos que pueden revestir a los tipos penales. Estos son el dolo, la preterintención y la culpa. El tipo penal antes expuesto explica que la conducta típica tiene que realizarse “para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona.” Es decir, el tipo penal requiere que el sujeto activo tenga una intención premeditada y directa de resultado. Esta 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 y Creus indican esto y 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.¹⁴² De esta forma, la voluntad y el conocimiento, en relación con el tipo, son fundamentales para que se configure este delito. FontánBalestra hace la siguiente afirmación:

El conocimiento del autor debe abarcar la relación entre el ardid o el engaño y el error y entre éste y 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 autor cree que su actividad se corresponde con los hechos verdaderos, él es el primer engañado.¹⁴³

Frente al desconocimiento sobre la falsedad de los hechos que está expresando o induciendo al sujeto pasivo a que los tenga como ciertos, estaríamos frente a un caso de ausencia de dolo o atipicidad por error de tipo. No puede el autor obrar con la intención

¹⁴¹ BUOMPADRE, Jorge y CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte Especial 1*. Óp. cit. p. 515

¹⁴² *Ibíd.* p. 520

¹⁴³ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Óp. cit.p. 54

antes referida, si es que no conoce que está engañando. En caso de afirmaciones imprudentes que generen un error en otra persona, no habría delito de fraude.

Otra cuestión que se plantea en doctrina es la posibilidad de que se realice el tipo de estafa mediante dolo eventual. López y Porte descartan esto, pues afirman que el tipo penal requiere una intención directa de causar perjuicio y no se adaptaría a la conducta descrita en el tipo la que despliegue el sujeto activo planteándose la mera posibilidad de un daño.¹⁴⁴ Edgardo Donna 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.¹⁴⁵

Los autores afirman además que este dolo debe contener el ánimo de lucro. Carrara 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 estafa (el autor se refería concretamente a la figura de estelionato).¹⁴⁶

El dolo, junto con el ánimo de lucro, deben presentarse de forma inicial, así lo afirma Zamora-Pierce: “El estafador planea y premedita cuidadosamente el curso de su acción antes de iniciar la realización de sus ilícitos proyectos. El ánimo de lucro es, pues, anterior al engaño [...]”¹⁴⁷

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.¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹ Una Corte española, al respecto, dice: “[...]todo ello llevado a cabo por el autor del engaño con la finalidad de

¹⁴⁴ LÓPEZ, Eduardo y PORTE, Luis. *El Delito de Fraude*. Óp. cit. p. 74-75

¹⁴⁵ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit. p. 338

¹⁴⁶ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Óp. cit. p. 436

¹⁴⁷ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El Fraude*. Óp. cit. p. 178

¹⁴⁸ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Óp. cit. p. 55

¹⁴⁹ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit. p. 339-340

obtener una ventaja patrimonial o lucro injusto a costa del patrimonio del sujeto engañado o de un tercero”.¹⁵⁰

En síntesis, el tipo subjetivo de la estafa está compuesto por el dolo directo. El mismo se encuentra definido en el art. 26 del COIP. Según esta norma “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. Además, de la doctrina y de la literalidad de nuestro Código, se desprende que es indispensable que dentro del fuero interno del agente provocador del engaño exista un ánimo lucrativo, esto es que persiga una ventaja patrimonial con su actuar. Finalmente, la ventaja patrimonial perseguida debe, además, ser ilegítima.

2.1.3. Breve síntesis sobre los elementos

En síntesis, para que una conducta se adecúe a la tipicidad del delito de estafa en el COIP, es necesario que concurren todos sus elementos objetivos y subjetivos. Hemos revisado que los elementos objetivos que la componen son el engaño, el error, la disposición patrimonial y la relación causal entre los elementos. De todos estos, el más característico y complejo del delito es el engaño. Dicho elemento, constituye un medio y no un fin para el tipo de estafa, requiere reunir ciertas condiciones. Este puede ser omisivo o comisivo, puede revestir cierta materialidad o no, pero siempre debe ser idóneo para inducir a error a una persona, tomando en cuenta las condiciones de ésta así como las costumbres locales y el giro del negocio. El error es un estado psicológico de quien recibe el engaño que puede o no ser la víctima. Este tiene que ser convincente, patrimonialmente relevante y producido en una persona con al menos limitada capacidad conforme a lo revisado anteriormente. Finalmente, este error conlleva a la persona a realizar un acto, material o jurídico, que perjudique su patrimonio.

En relación con este último elemento, es fundamental realizar ciertas precisiones con relación al bien jurídico protegido, que resolvimos que es el patrimonio y no la propiedad en sentido estricto, y el momento en el que se causa perjuicio cuando, por medio de un acto jurídico producto del engaño, una persona se ha obligado. Las reflexiones con respecto a estos puntos constan en los párrafos precedentes.

¹⁵⁰ Audiencia Provincial A Coruña. Sentencia 00016/2012. Sección Nº 006. 23 de Marzo de 2012.

Además de lo anotado es necesario que los elementos concurren de forma concordante el uno con el otro. Esto es el engaño, orientado a causar un perjuicio patrimonial lleva a error patrimonialmente relevante. Este error hace que la persona perjudique personalmente bienes suyos o de terceros.

La intención con la que se realiza el engaño, único acto perpetrado por el sujeto activo, debe ser la de conseguir un lucro patrimonial propio o de terceros. Esta intención está contenida en el dolo, componente subjetivo del tipo que además abarca el ánimo de causar un perjuicio patrimonial. En otras palabras, el sujeto activo debe conocer que está engañando y perseguir el perjuicio patrimonial conjuntamente con el lucro. Reunidos todos los elementos objetivos y subjetivos descritos, con sus respectivas particularidades, existe delito de estafa y procede su acción.

2.2. Acción penal y consecuencias jurídicas del delito de estafa

2.2.1. Breve resumen de la acción y el procedimiento.

El delito de estafa, a la luz del COIP es un delito de acción pública, pues no se encuentra enumerado como delito de acción privada en la lista taxativa del art. 415.¹⁵¹ Como consecuencia de esto el titular de la acción es la Fiscalía quien, de conformidad con el art.410 del mismo Código,¹⁵² puede iniciar la acción incluso sin denuncia alguna.

La víctima, es decir, quien sufrió la lesión patrimonial, no necesariamente el engañado, pueden denunciar el cometimiento de la estafa ante la Fiscalía quien investigará y, eventualmente, formulará cargos y/o acusará al supuesto estafador. Por su parte, la víctima podrá oponerse al archivo de la causa en caso de que el fiscal no considere formular cargos al presunto infractor.¹⁵³ En el caso de que el fiscal formularé cargos, la víctima podrá interponer una acusación particular que le permitirá, entre otras cosas, solicitar que se eleve a conocimiento de un fiscal superior cuando el fiscal se abstenga de acusar¹⁵⁴. Cabe recalcar que su participación en el proceso no es necesaria para recibir la

¹⁵¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 415. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁵² Código Orgánico Integral Penal. Artículo 410. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁵³ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 587. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁵⁴ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 600. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

reparación integral. En teoría entonces, la víctima no requiere ni siquiera la denuncia para ser reparado eventualmente. Por su puesto, en la práctica sería complicado que esto ocurra.

La acción prescribirá conforme a lo establecido en el art. 417 del COIP.¹⁵⁵ Si no se ha iniciado la acción, esta prescribirá en el mismo tiempo del máximo previsto como pena privativa de libertad desde el momento en el que se cometió el ilícito. En caso de que hubiese iniciado, una vez que transcurra el mismo tiempo a partir de la fecha en que inicia la instrucción fiscal. A continuación revisaremos las penas aplicables a este delito, en base a las cuales se debe computar la prescripción de la acción.

Es fundamental tomar en cuenta, además, a la conciliación penal en este punto. El COIP permite medios alternativos de resolución de conflictos. Así, reconoce a la conciliación entre la víctima y procesado, siempre que se cumplan con las normas establecidas en este cuerpo legal.¹⁵⁶ Dentro de estos requisitos es fundamental tomar en cuenta a la pena que para que sea válida la conciliación, la pena máxima no puede exceder más de 5 años. En el caso de la estafa, esta es la mínima pena, por lo que quedaría descartado como medio para extinguir la acción penal.

Esto, sin embargo, es reprochable. En este delito el principal daño es patrimonial. Si este daño puede ser reparado integralmente por el causante del mismo y acuerda hacerlo, la justicia penal estaría excediendo sus límites al sancionar. Más, en aquellos casos en que la víctima es una sola persona y su punición poco o nada importa a la sociedad.

2.2.2. La pena.

Frente a este delito, en caso de encontrar culpable al imputado, el órgano jurisdiccional competente deberá sancionarlo. La pena, de conformidad con las reglas generales previstas en el COIP, consiste principalmente en restricciones al derecho a la libertad y restricciones al derecho a la propiedad.

De conformidad con lo establecido en citado artículo 186 del COIP que tipifica el delito de estafa, la pena puede extenderse entre 5 y 10 años de pena privativa de la libertad

¹⁵⁵ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 417. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁵⁶ Código Orgánico Integral Penal. Artículos 662-664. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

dependiendo de algunas circunstancias.¹⁵⁷ Primeramente, cualquier estafa, en toda circunstancia que reúna los requisitos explicados, puede ser penada con privación de libertad de entre 5 y 7 años. Si se realiza bajo una de las modalidades enumeradas a continuación del segundo inciso, se aplicará la pena máxima.

Además, la pena puede ser mayor dependiendo el monto del perjuicio, la cantidad de víctimas y la utilización de un determinado medio. Si el perjuicio excede 50 salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de la libertad oscilará entre 7 y 10 años. La misma pena se impondrá si el número de víctimas excede a dos. Finalmente, si se utilizan a Instituciones del Sistema Financiero Nacional como medio para una estafa también habrá una pena de entre 7 y 10 años de pena privativa de la libertad.

Finalmente, existe un caso en el que la pena sería inferior, esto es cuando se emita boletos sobre el número del aforo autorizado por la autoridad. En este último caso la pena privativa de la libertad irá entre treinta y novena días.

En cuanto a las penas privativas del derecho a la propiedad, existen dos que son especialmente relevantes para este delito: la multa y el comiso. El monto de la multa, definido en el art. 70 del COIP, se determina de acuerdo a la sanción privativa de la libertad.¹⁵⁸ La multa más baja que podría recibir por estafa, sería de uno a dos salarios básicos unificados del trabajador en general. La más alta, cuando se imponga la pena privativa de la libertad de 7 a 10 años, sería de 40 salarios básicos unificados del trabajador en general.

En cuanto al comiso, este procede por tratarse un delito doloso. Recaerá, en ciertos casos, sobre los instrumentos utilizados como medio, es decir para los materiales usados para el engaño, si es que hubiese alguno, y sobre los resultados del delito, cuando los obtuviese.

Finalmente, en cuanto a este tipo de penas, el juzgador podrá disponer la destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción. En el caso de las estafas en las que el contrato fue el medio engañoso o finalidad de la acción (dependiendo de la tesis que

¹⁵⁷ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 186. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁵⁸ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 70. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

se utilice para valorar la existencia del perjuicio) sería interesante realizar la siguiente reflexión: ¿podría el órgano jurisdiccional disponer la destrucción jurídica del contrato? En parte podría resultar bastante práctico, puesto que el contrato seguiría vigente a la luz del ordenamiento jurídico. Por otra parte, podría generar problemas, toda vez que requeriría una actuación judicial que excede su especialización y requeriría conocimientos técnicos en materia civil y que se pruebe la existencia jurídica del contrato. Sin embargo, no ahondaré más en el tema, puesto que la solución a dicha interrogante requeriría una investigación más profunda y separada sobre la penología y la materia procesal penal, mas este no es el objetivo primordial de la presente tesis.

Por último, los modos de extinguir las consecuencias penales de este delito son los establecidos para todo tipo de delitos: cumplimiento de la pena, extinción del delito por ley posterior, muerte del condenado, indulto, recurso de revisión, prescripción de la pena y amnistía.¹⁵⁹

2.2.3. La reparación integral.

En la exposición de motivos del COIP se señala que, por mandato constitucional, se incorpora la reparación integral como figura en nuestra normativa penal con el fin de “evitar la severidad del derecho penal y procurar que las soluciones sean más eficaces.”¹⁶⁰ De manera concordante, en los considerandos señala que es un derecho de la víctima el recibir una reparación integral de sus derechos “que incluya el conocimiento de la verdad, restitución, indemnizaciones, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”.¹⁶¹ Finalmente, en el art. 77 se define a esta figura como una

[...] solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.¹⁶²

¹⁵⁹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 72. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁶⁰ Código Orgánico Integral Penal. Exposición de motivos. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁶¹ Código Orgánico Integral Penal. Considerando séptimo. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁶² Código Orgánico Integral Penal. Artículo 77. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

El siguiente artículo tipifica los medios para la realización de la reparación integral. En lo referente con el delito de estafa, el juez optará principalmente por dos medidas: la restitución de la cosa, cuando fuere posible, y, sino, a la indemnización de daños materiales e inmateriales económicamente valorables.

Otra medida, que considero que podría ser aplicable para ciertos casos, es la de satisfacción o simbólica. Esta última se refiere a “la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades [...]”¹⁶³ Esto último sostengo puesto que la lesión al bien jurídico protegida puede acarrear hasta cierto punto humillación para el sujeto pasivo, más aun cuando este último coopero voluntariamente con el estafador, es decir, fue su propia voluntad lo que determinó finalmente su perjuicio patrimonial. Además, el bien jurídico protegido por el delito y el daño ocasionado pueden valorarse de forma separada.

2.3. Síntesis general sobre el delito de estafa

El delito de estafa, conforme se desprende de los párrafos anteriores, requiere de un estudio detenido y pormenorizado de sus elementos objetivos y subjetivos. Dentro de los primeros, destaca el engaño, puesto que es el único acto ejecutado por el sujeto activo del delito. Este acto debe revestir determinada fuerza, conocida como la idoneidad. Toda vez que es un elemento de medio, resulta fundamental que goce de esta característica. El engaño puede desplegarse mediante actos positivos u omitivos, siempre que estos sean idóneos e induzcan a error a la otra persona.

El producto de este engaño es el error o errónea interpretación de la realidad por parte del sujeto pasivo. Debe destacarse que el error debe existir y no puede ser fruto de otras cosas como la negligencia del sujeto pasivo. Por su parte, el error orienta patrimonialmente al sujeto pasivo a que realice un acto perjudicial para su patrimonio que puede ser un acto que involucre un perjuicio corporal o incorporal a su patrimonio. En todo caso este acto perjudicial debe siempre ser causado por el error y no por cualquier otro motivo del sujeto pasivo.

¹⁶³ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 78, numeral 4. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

La actuación del sujeto activo debe encontrarse guiada por el dolo, componente subjetivo del delito. El dolo en el delito de estafa, involucra que el sujeto activo realice la tipicidad objetiva con voluntad y conocimiento. En este sentido, debe estar dirigida la acción a causar un perjuicio patrimonial. Finalmente, destaca dentro del elemento subjetivo del tipo que el agente actúa con ánimo de lucro. Es decir, persigue una ventaja patrimonial con respecto al sujeto pasivo a través de su actuación. El lucro efectivo, en todo caso, no es un elemento del tipo, basta con que denote el sujeto activo que esta fue su finalidad.

El Estado, a través de la Fiscalía General del Estado, tiene el deber y la obligación de perseguir la sanción este hecho punible. La víctima intercederá como acusador particular con las potestades que le permite las normas procesales que no involucra la titularidad de la acción. La sanción penal a este hecho restringe al derecho de libertad y al derecho a la propiedad del sujeto activo. La normativa penal, tiene además la función de reparar integralmente a la víctima, reparación que sobrepasa una indemnización puramente patrimonial y, dependiendo del caso, puede involucrar la obligación de realizar prestaciones de otra naturaleza.

3. EL DOLO CIVIL

En el capítulo primero, nos referimos al origen de esta figura y a su posterior traslación hasta nuestro tiempo. De forma parecida a lo que pasa con el delito de estafa, la configuración legal del dolo es similar a la nuestra en muchos países. Principalmente, aquellas que tienen origen en el Código Napoleónico y, consecuentemente, en la codificación romana. Muchas de las precisiones que se desarrollaron en el Derecho Romano y que fueron expuestas en los antecedentes históricos, mantienen vigencia en nuestros días conforme se verá a continuación.

3.1. Concepto del dolo civil

El dolo se encuentra descrito únicamente en el art. 29 del Código Civil: “El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.¹⁶⁴ A lo largo de dicho cuerpo legal podemos encontrar al dolo principalmente dentro de tres momentos.¹⁶⁵ Primero, en el incumplimiento contractual; aquí el dolo se refiere al deudor moroso y a los daños que, como consecuencia de su dolo, debe indemnizar.¹⁶⁶ A este dolo en particular, Claro Solar y otros, lo catalogarían como fraude, distinguiéndolo del dolo en sentido estricto, por realizarse en la fase de ejecución, en detrimento de los derechos adquiridos por otra persona.¹⁶⁷ Otros, sin embargo, como los Ospina, señalan que dicha distinción no tiene fundamento.¹⁶⁸ En mi criterio, para efectos prácticos tampoco existe necesidad alguna de realizar tal distinción, por lo que me seguiré refiriendo a este dolo, cuando sea pertinente, como dolo de incumplimiento.

Un segundo momento en el que dolo cobra relevancia en nuestra legislación civil es en los delitos civiles. Sobre esta “especie” de dolo encontramos artículos en el título

¹⁶⁴ Código Civil. Artículo 29. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁶⁵ Al respecto, Alessandri señala que “[...] cualquiera que sea el campo en que el dolo se aplique, siempre es el mismo concepto: la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio. *Derecho civil: Parte Preliminar y Parte General*. Ediar: Santiago, 1991. p. 223.

¹⁶⁶ “Art. 1574.- Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento”. Código Civil. Artículo 1574. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁶⁷ Vid. CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo Undécimo: De las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile: Santiago, 1988. p. 223.

¹⁶⁸ OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 210.

XXXIII del libro IV de nuestro Código Civil que se refieren a las consecuencias del dolo en este ámbito. En este campo, el dolo aparece como fundamento a la responsabilidad subjetiva dentro del cometimiento de un ilícito civil.

Finalmente, existe el dolo como vicio del consentimiento. Es esta aplicación del dolo la que más nos interesa para efectos de la presente investigación. En nuestra legislación no encontramos ninguna definición. El Código se limita a señalar solamente que es un vicio del consentimiento¹⁶⁹ y que “[e]l 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”.¹⁷⁰ Como veremos, este artículo solamente señala los requisitos para que proceda.

Por lo tanto, de conformidad con el art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y el art. 18 numeral 7 del Código Civil, habría que integrar este vacío legal a partir de los principios, doctrina y jurisprudencia existente. Los principios y la doctrina, se develan también por intermedio de las normas jurídicas positivas de otros países, con legislación civil romanista, en los que sí se ha definido a este vicio del consentimiento.

3.1.1. El dolo vicio en el Derecho Comparado.

Dentro del Derecho Comparado encontramos que existen algunas legislaciones que definen al dolo como vicio del consentimiento. Por ejemplo, en el Código Civil español dice: “[h]ay 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”.¹⁷¹ Otro ejemplo podemos encontrar en el Código Civil argentino, según éste la acción dolosa consiste en “[...] toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”.¹⁷² Además de estas normas, podemos encontrar definiciones en algunas otras legislaciones extranjeras que usan términos similares a los transcritos.¹⁷³ De todas ellas se colige que el dolo en este sentido

¹⁶⁹ Código Civil. Artículo 1467. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁷⁰ Código Civil. Artículo 1474. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁷¹ Código Civil (España). Artículo 1269. Publicada en BOE número 206, de 25 de 07 de 1889.

¹⁷² Código Civil (Argentina). Artículo 931. <http://www.oas.org/dil/esp/>

Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf.

¹⁷³ Por ejemplo: Portugal, Alemania, Italia y Suiza. CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo Undécimo: De las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile: Santiago, 1988. p. 237-239.

se refiere al engaño o a un acto empleado para causar en otra persona una falsa manifestación de la realidad.

3.1.2. Doctrina.

La doctrina de países cuya legislación no define específicamente a este concepto ha esbozado definiciones similares para este vicio. Por ejemplo, Ospina y Ospina dicen: “[...] 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”.¹⁷⁴ De manera concordante, Somarriva, Vodanovic y Alessandri, afirman lo siguiente sobre este dolo: “[...] consiste en el empleo, por una de las partes, de maquinaciones, trampas, artificios, mentiras o engaños, respecto de otra persona, con el fin de inducirla a consentir en un contrato que, a no mediar dichas maniobras, jamás habría celebrado”.¹⁷⁵

Dentro de la doctrina nacional, Larrea Holguín afirma lo siguiente:

[...] 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 que engaña mediante argucias, ocultamiento de datos, ponderación falsa de cualidades o circunstancias que llevan a torcer la libre decisión del otro contratante.¹⁷⁶

En general, la doctrina antes mencionada, al definir al dolo, se refiere al engaño, al error y a una manifestación de voluntad viciada.

3.1.3. Jurisprudencia.

Ante estos vacíos legales, son las Cortes y Tribunales quienes normalmente se encargan de integrar al Derecho. La jurisprudencia ecuatoriana, en lo que refiere al dolo, peca por cantidad y calidad. Por lo tanto, no se ha desarrollado a plenitud este concepto y los fallos que se refieren a este tema son escasos y esporádicos, sin mencionar que el desarrollo es pobre. La extinta Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, en una de sus decisiones de Tercera Instancia, falló de la siguiente manera sobre este tema:

¹⁷⁴ OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 202

¹⁷⁵ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio. *Derecho civil: Parte Preliminar y Parte General*. Óp. cit. p. 223

¹⁷⁶ LARREA HOLGUÍN, Juan y MERINO Rodrigo. *Derecho Civil del Ecuador*. Volumen XI: Las obligaciones. Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 2004. p. 81

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.¹⁷⁷

En otro falló, relaciona también al dolo con el engaño sobre la calidad de una de las personas.¹⁷⁸ Finalmente, en un caso más reciente, la sala de lo penal, señala lo siguiente: “[e]l dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y aparece claramente que sin él, el otro no hubiera contratado”.¹⁷⁹ En los dos últimos, sin embargo, no hace más que presentar un ejemplo y expresar los elementos requeridos por la ley, respectivamente.¹⁸⁰ Por lo tanto, son insuficientes para delimitar un criterio jurisprudencial sobre este concepto.¹⁸¹

Dentro de la jurisprudencia extranjera, cuyo estudio tiene un valor meramente referencial, como la doctrina, si se ha definido a este concepto. Por ejemplo, una corte chilena lo define como “[...] la maquinación fraudulenta destinada a engañar a la víctima, que la determina a celebrar el acto”.¹⁸² En Colombia, la Corte Suprema ha manejado el siguiente concepto

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 consentimiento o voluntad en la celebración del acto.¹⁸³

Ambos fallos manejan la misma estructura: engaño, error y manifestación de voluntad.

¹⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. *Raymond Marchal y Leonie Oliver vs. René Elie*. 10 de Diciembre de 1959. Gaceta Judicial. Año LXII. Serie IX. No. 6. p. 677.

¹⁷⁸ Corte Suprema de Justicia. *Antonio Torres Rodrigo vs. la Caja del Seguro y Víctor Nemesio Zea Zurita*. 6 de Octubre de 1964. Gaceta Judicial. Año LXVII. Serie X. No. 6. p. 2631.

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. *Segundo Juez Penal del Azuay y Blanca Dora Criollo vs. Carlota Lucía Cabrera Correa*. 11 de diciembre de 1997. Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. p. 2633.

¹⁸⁰ Otro fallo similar: Vid. Corte Suprema de Justicia. *La Previsora Banco Nacional de Crédito vs Compañía Ecuatoriana de Seguros S. A.* 7 de enero de 1987 Gaceta Judicial. Año LXXXVII. Serie XIV. No. 14. p. 3146.

¹⁸¹ En otra decisión la Corte no hace más que reproducir la definición genérica del dolo expuesta en nuestro título preliminar que citamos anteriormente. Vid. Corte Suprema de Justicia. *Apolinario Escobar y Rudecindo Zamora vs. Nicolás Martínez*. 11 de Mayo de 1932. Gaceta Judicial. Año XXXI. Serie V. Nro. 63. p. 1363.

¹⁸² Corte de Apelaciones de Iquique (Chile). Causa N° 335/2010, de 13 de septiembre de 2010.

¹⁸³ Consejo de Estado (Colombia). Sección Tercera. *Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Otros vs. Isagen S.A.* 29 de Noviembre de 2012.

En términos generales, la jurisprudencia nacional es, lamentablemente, limitada en lo que respecta al dolo como vicio del consentimiento, al igual que muchos temas que se discuten en la doctrina. En su mayoría, los fallos no definen un concepto y se limitan a señalar los requisitos legales. En la jurisprudencia extranjera citada anteriormente, sí se define al dolo. Los conceptos que se manejan para la determinación de este vicio del consentimiento son bastante similares a los expuestos con la doctrina.

3.1.4. Síntesis del análisis sobre el concepto del dolo.

A modo de conclusión, el Derecho Comparado, la doctrina y la jurisprudencia definen al dolo vicio partiendo hacia la misma dirección. Podemos concluir que el dolo, como vicio del consentimiento, puede ser definido como el engaño (en sentido amplio) destinado a causar una representación falsa en otra persona para que esta manifieste su voluntad de determinada manera. A continuación revisaremos la naturaleza jurídica de esta figura, sus elementos, requisitos y consecuencia.

3.2. Naturaleza jurídica del dolo como vicio del consentimiento

3.2.1. El negocio jurídico.

Para comprender la relevancia de esta figura es preciso revisar los fundamentos básicos de la teoría del Derecho y el rol del negocio jurídico. En palabras de Ospina y Ospina, el funcionamiento de la norma jurídica puede describirse así:

[...] puede compararse- naturalmente que solo a manera de imagen- al desarrollo de un silogismo, cuya premisa mayor es una norma jurídica, cuya premisa menor es la situación de hecho gobernada por esta y cuya conclusión es un efecto jurídico [...]¹⁸⁴

Justamente dentro de esta premisa menor se encuentra el negocio jurídico, también llamado acto jurídico, dependiendo del nombre que se le dé. En todo caso más que el nombre nos interesa su contenido. El negocio jurídico se refiere a un hecho realizado voluntariamente por una persona con la finalidad de producir efectos jurídicos. Para Guillermo Borda estos tienen tres características: son lícitos, voluntarios y orientados a producir efectos jurídicos.¹⁸⁵

¹⁸⁴ OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 202.

¹⁸⁵ BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo II. Perrot: Buenos Aires, 1980. p. 81

El acto o negocio jurídico se desarrolla principalmente en el tercer y cuarto libro del Código Civil.¹⁸⁶ En el 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 [...]”.¹⁸⁷ Asimismo, en el libro tercero, se regula otro importante negocio jurídico, el testamento.¹⁸⁸ En todos ellos debe existir una manifestación de voluntad, unilateral o bilateral (consentimiento), dependiendo de la naturaleza del acto frente al cual estemos.¹⁸⁹

3.2.2. La voluntad en el negocio jurídico.

La voluntad en el negocio jurídico se manifiesta un como requisito de existencia y como uno de validez.¹⁹⁰ En el primer caso, señalan los Ospina que 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)”.¹⁹¹ En otras palabras, es fundamental que exista una voluntad y que esta se manifieste, para la existencia de un negocio jurídico. Por más de que exista la voluntad, si esta no se manifiesta, el pensamiento es inaccesible para el negocio. De esta forma la manifestación de voluntad es un requisito para la existencia del negocio jurídico.

Dentro de los requisitos de validez de los negocios jurídicos también se hace énfasis en la voluntad. En este sentido el art. 1461 del Código Civil establece que “[p]ara 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

¹⁸⁶Otra fuente importante es el Código de Comercio en lo pertinente con la oferta, como antesala a los negocios jurídicos bilaterales.

¹⁸⁷Código Civil. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

¹⁸⁸“Art. 1037.- El testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”. Código Civil. Artículo 1037. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁸⁹Dependiendo de las partes que manifiesten la voluntad, “[e]l acto jurídico [como sinónimo de negocio jurídico] UNILATERAL es la expresión de una voluntad única [...]. El acto jurídico BILATERAL es la obrade dos o más voluntades. Cuando el acto jurídico es bilateral, toma la denominación de Convención y si la convención es creadora de obligaciones, toma el nombre de Contrato”. PESCIO, Victorio. *Manual de Derecho Civil: Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile: Santiago, 1978. p.33.

¹⁹⁰Esta distinción es importante pues un acto inexistente no tiene ningún efecto jurídico, mientras que los actos carentes de requisito de validez son válidos hasta que la nulidad sea judicialmente declarada. Código Civil. Artículos 1726 y 1727. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁹¹OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 98.

[...]”.¹⁹² De esta forma, el legislador busca que la voluntad, como 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.¹⁹³

Sobre la naturaleza de los vicios del consentimiento, Larrea Holguín y Merino nos indican:

El derecho protege la libertad y los derechos de las personas, por esto, respeta sus declaraciones de voluntad, sean unilaterales o contractuales. Para que exista una declaración de voluntad digna de esta protección legal, se requiere que el consentimiento carezca de vicios.¹⁹⁴

También los Ospina se pronuncian de forma similar, en relación la naturaleza proteccionista de los vicios: “[...] el reconocimiento de la facultad que tienen los particulares para arreglar en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de su voluntad impone, a la vez, la necesidad de protegerlos [...]”.¹⁹⁵ De esta forma, la existencia de los vicios del consentimiento como causal de nulidad, se reafirma en la importancia que tiene la voluntad para la formación del negocio jurídico.

Otro aspecto que precisa la doctrina con respecto a su nombre, es que se debería hablar de vicios de la voluntad y no vicios del consentimiento, pues la acepción del Código al referirse a consentimiento viciado es la de una “adhesión unilateral y voluntaria a algo, es decir, sinónim[o] de voluntad”.¹⁹⁶ En todo caso, 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 manifestación de voluntad.¹⁹⁷ Como consecuencia, debe diferenciarse al vicio del consentimiento, como problema de la voluntad, del desacuerdo, que viene a ser la falta de acuerdo entre las manifestaciones de voluntad de las partes.¹⁹⁸ Este último sí es un problema del consentimiento en sentido estricto.

¹⁹² Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁹³ Código Civil. Artículo 1467. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁹⁴ LARREA HOLGUÍN, Juan y MERINO Rodrigo. *Derecho Civil del Ecuador*. Óp. cit. p. 66.

¹⁹⁵ OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 98.

¹⁹⁶ *Ibíd.* p. 179.

¹⁹⁷ A lo largo de este trabajo se utilizará una y otra terminología como sinónimos.

¹⁹⁸ Vid. CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Óp. cit. p. 136.

3.2.3. La naturaleza jurídica del vicio del consentimiento dolo.

Es justamente dentro de este ámbito de protección de la libertad en la declaración de voluntad, donde aparece el dolo como vicio del consentimiento y causal de posible nulidad del contrato. Hay autores, sin embargo, como Borda, que consideran que la nulidad por dolo se justifica, no en un problema de voluntad, sino en la ilicitud del acto doloso; el argumento determinante de este autor es que el dolo recíproco¹⁹⁹ no constituye vicio y, si fuera el error lo que motiva al legislador, si viciaría.²⁰⁰ En nuestro Código Civil, como veremos más adelante, no se establece el requisito de ausencia de dolo recíproco y quedaría sin sustento dicho argumento. Por lo tanto, debe concluirse que, sin perjuicio de la ilicitud civil del dolo en general, al incluirlo el legislador como un vicio del consentimiento, se buscaba proteger, antes que nada, la voluntad de la persona en los negocios jurídicos.

3.3. Elementos del dolo como vicio del consentimiento

Conforme al concepto que revisamos del dolo, se determinó que este constituye un engaño destinado a generar un error para que una persona otorgue su aceptación o consentimiento, o manifieste su voluntad, en relación con un determinado negocio jurídico. De la misma se colige que es fundamental comprender en qué consiste la actuación dolosa y en qué consiste su respectivo efecto, el error.

3.3.1. El engaño.

El dolo para viciar el consentimiento debe presentarse en determinado momento, acarrear ciertas formas, gravedad e intencionalidad:

3.3.1.1. Elemento temporal del dolo.

En relación con el primer punto, la doctrina señala que este debe presentarse de forma anterior o en incluso en la etapa de negociaciones del contrato.²⁰¹ De esta forma se

¹⁹⁹ La legislación argentina impone como requisito para la procedencia de la acción que el dolo no haya sido recíproco. Cfr. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Óp. cit. p. 325.

²⁰⁰ En contra de su tesis se señala que el fundamento de dicho requisito es que nadie puede beneficiarse de su propio dolo. Borda contrargumenta señalando que no se trata del dolo propio, sino que se está demandando por el dolo ajeno. Cfr. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Óp. cit. p. 325.

²⁰¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil: Teoría General de los Contratos. Contratos Especiales*. Tomo V. Cárdenas: México, 1991. p. 57.

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 o fraude, de acuerdo a la terminología empleada por determinados autores. Esta conclusión es lógica, pues la voluntad de producir obligaciones se otorga en la concertación del negocio y de ninguna manera podría un dolo posterior afectarla.

3.3.1.2. Formas de emplear el dolo.

3.3.1.2.1. Distinción entre el dolo positivo y el dolo negativo.

Sobre la forma en la que puede emplearse el dolo al que nos venimos refiriendo Planiol y Ripert se han manifestado de la siguiente manera:

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”.²⁰²

De la misma frase se desprenden algunas ideas. Primero, el dolo puede presentarse de una forma positiva, a través de actos exteriorizados por quien lo emplea. Puede así este presentarse con maniobras complejas o materiales e incluso por una mentira de carácter verbal. Segundo, sin la exteriorización de una conducta puede también configurarse el dolo de manera negativa al reunir ciertas características.

A estas modalidades también puede denominárseles positivas o negativas. Claro Solar 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”.²⁰³ 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 (temas que se abordaran más adelante). El dolo negativo, ofrece mayores dificultades.

²⁰² PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil: Teoría General de los Contratos. Contratos Especiales*. Óp. cit. p. 56.

²⁰³ CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Óp. cit. p. 223.

3.3.1.2.2. Particularidades del dolo omisivo o negativo.

El dolo negativo debe reunir ciertas condiciones para ser considerado como tal. Nuestro Código Civil no excluye a este tipo de dolo y menos lo describe. Para Coello se presenta cuando “[...] se ocultan circunstancias que deben comunicarse a la otra parte o se dejan de realizar conductas necesarias [...]”.²⁰⁴ Deja dicho autor, sin embargo, en abstracto a los conceptos de “necesidad” y del “deber” de comunicar. De acuerdo a la cita antes mencionada de Planiol y Ripert, la actuación positiva en estos casos puede solamente exigirse cuando la Ley lo determina.²⁰⁵

Dentro del mismo tema, Alessandri, Vodanovic y Somarriva amplían el espectro de dolo negativo de la siguiente manera: “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”.²⁰⁶ De manera similar se pronuncia Compagnucci, para quien es relevante la imposición legal, la relación existente entre las partes y manifestaciones anteriores.²⁰⁷ Parecería lógico suponer que no es necesaria la exigencia expresa legal, puesto que el principio de buena fe, presente en nuestro código,²⁰⁸ exige que las personas actúen de conformidad con el mismo en sus relaciones con las demás personas. 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.

Junto con la omisión y el silencio, señala Vidal Ramírez, se debe añadir como dolo negativo a los casos en que “[...] se da una respuesta negativa, o dubitativa, cuando la respuesta debía ser afirmativa”.²⁰⁹ En todo caso, se sigue omitiendo y callando sobre algún tema al realizar esta conducta; es decir, en esencia equivaldría a callar o retener información.

²⁰⁴ COELLO, Hernán. *Teoría del Negocio Jurídico*. Universidad del Azuay: Cuenca, 2006. p. 81

²⁰⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil: Teoría General de los Contratos. Contratos Especiales*. Óp. cit. p. 56.

²⁰⁶ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio. *Derecho civil: Parte Preliminar y Parte General*. Óp. cit. p. 226.

²⁰⁷ COMPAGNUCCI, Rubén. *El Negocio Jurídico*. Astrea: Buenos Aires, 1992. p. 287

²⁰⁸ Una manifestación de este principio dentro del mundo del negocio jurídico, se encuentra en el art. 1562 que prescribe que “[...] los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.” El artículo se refiere únicamente a la ejecución, sin embargo, el principio de buena fe se reproduce a lo largo de todo el Código y no existe impedimento alguno para considerarlo dentro del ámbito previo a la concertación del negocio.

²⁰⁹ VIDAL, Fernando. *El Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica S. A.: Lima, 2007. p. 204- 205.

3.3.1.3. *La gravedad del dolo.*

El dolo, para que vicie el consentimiento, debe tener cierta gravedad. De la citada y mencionada frase de Planiol y Ripert, se desprende que las astucias deben ser “hábiles o graves”. En el capítulo primero veíamos que los romanos distinguían entre el dolo bueno y dolo malo (*dolus bonus* y *dolus malus*). Para Alessandri, Somarriva y Vodanovic, este se configuraba bajo las siguientes circunstancias:

Llámesese dolo bueno la sagaz y astuta precaución con que cada uno suele defender su derecho, y evitar todo detrimento y perjuicio que le amenace por engaño de un tercero. Dentro de este concepto caben las lisonjas, los halagos y exageraciones con que una parte busca en los contratos influir sobre la otra. Las fuentes romanas decían que es cosa natural en los contratos el rivalizar en las astucias.²¹⁰

Este tipo de astucias, comunes entre comerciantes son irrelevantes en materia civil; son el curso natural en determinadas negociaciones y, por ende, no justificarían 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.²¹¹

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 Borda, 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 juez.²¹²

Otros, sin embargo, exponen que debe apreciarse en relación con el hombre promedio.²¹³ Esta discusión, muy similar a la que se expone sobre la idoneidad del engaño

²¹⁰ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio. *Derecho civil: Parte Preliminar y Parte General*. Óp. cit. p. 225.

²¹¹ Para algunos el “dolo bueno” tiene relevancia jurídica en el derecho de consumo al momento de proteger a los consumidores de la información y publicidad. Cfr. VIDAL, Fernando. *El Acto Jurídico*. Óp. cit. p. 199. También Coello se plantea esta posibilidad y dice: “¿qué tal, como ejemplo de dolo bueno, la forma como actualmente se realizan ciertas formas de propaganda?”. COELLO, Hernán. *Teoría del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 81.

²¹² BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Óp. cit. p. 225-226.

²¹³ COMPAGNUCCI, Rubén. *El Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 276.

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, conforme se verá más adelante. En este sentido, resulta importante observar al dolo desde la condición de la víctima antes que objetivamente al “ser humano promedio” como se plantean algunos doctrinarios, pues la determinación se debe valorar caso a caso.

3.3.1.4. Elemento intencional en el engaño o dolo empleado.

Finalmente, al hablar del dolo es fundamental el tema de la intencionalidad, puesto que el Código Civil lo define como “[...] la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.²¹⁴ Dentro de este tema existen diversas posturas, con respecto al alcance de la intención en el dolo vicio.

Así, Lyczkowska señala que “[...] el dolo, por su propia naturaleza, integra *per se* un ánimo de forzar a la otra parte a contratar en su propio perjuicio ya que de haber conocido el engaño, nunca habría concluido el contrato”.²¹⁵ Una tesis similar maneja Claro Solar quien sostiene:

Como el carácter del dolo es la intención de engañar para lucrar con el perjuicio causado, no puede decirse que haya propiamente dolo, cuando una parte ha sido engañada y perjudicada sin que el error pueda ser atribuido a otra, como en el caso en que el vendedor de una cosa ignoraba los vicios de que esta cosa adolecía, o en el caso de la lesión enorme.²¹⁶

A esta última aseveración se le debe hacer dos comentarios.²¹⁷ Primero, resulta interesante que el autor se refiera al “lucro”, puesto que la definición genérica del dolo se refiere al ánimo de perjuicio antes que al de lucro; es lógico que una persona persiga la consecución de un acto para su beneficio patrimonial, sin embargo, esto no integra a la descripción legal ni a las definiciones antes abordadas, por lo que podría resultar superfluo incluir como un elemento del dolo al ánimo de lucro. Y, segundo, resalta el principio que

²¹⁴ Código Civil. Artículo 29. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

²¹⁵ LYCZKOWSKA, Karolina. “Dolo *in contrahendo* Análisis de la Jurisprudencia” *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXII, fasc. I (2009). p. 450.

²¹⁶ CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Óp. cit. p. 223.

²¹⁷ Sobre los casos de lesión enorme y de vicios que desconocía el vendedor Claro Solar señala que los romanos se referían a ella como “dolo real”, pues “[...] el engaño puede decirse que viene de la cosa misma”. CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Óp. cit. p. 223.

se desarrolla en la estafa y que es plenamente aplicable en estos casos: no estafa quien desconoce que engaña.

Gomá, en contraposición con dichos autores anota que “[e]l *elemento subjetivo* es la intencionalidad. La conducta dolosa ha de estar dirigida a provocar la declaración negocial. No hace falta ánimo de lucro ni intención dañar”.²¹⁸ De esta manera, descarta las posiciones presentadas. Un concepto aún más amplio parece manejar parte de la jurisprudencia española. Lyczkowska, resume uno de estos fallos y dice:

La sentencia llega a entender que los vendedores estaban obligados a proporcionar toda la información mencionada por el deber de buena fe y aunque lo hubieran omitido por imprudencia, procede la acción de dolo contractual.²¹⁹

En relación con las posturas antes mencionadas, parecería que lo más preciso sería entender al dolo en este ámbito como el ánimo de afectar directamente la representación de la realidad de una persona y el contenido de su manifestación de voluntad, pues basta con que exprese su voluntad partiendo de una premisa falsa para que se haya afectado su libre voluntad. Así, no parece necesario la existencia de un ánimo de lucro ni la demostración de un fin dañino posterior al negocio jurídico. En todo caso el dolo tiene que emplearse de forma intencional; un dolo “culposo” sería extender su definición en contra del precepto legal que lo define.

3.3.2. El error y el dolo.

De los puntos antes señalados se infiere que el vínculo entre el error y el dolo es cercano. Principalmente, al definir al dolo se dijo que este se emplea con el fin de inducir en error. Esta relación ha planteado en la doctrina una serie de disquisiciones que guardan relación con otro vicio del consentimiento que es el error. Las principales cuestiones que se plantean en torno a este punto son tres: primero, la necesidad de que incurra o no en error; segundo, la autonomía del dolo con respecto al vicio del consentimiento del error; y, tercero, la extensión del error que se debe provocar para viciar el consentimiento.

²¹⁸ GOMÁ, José. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*. Tomo II: Obligaciones y contratos. Bosch: Barcelona, 2010. p. 1314.

²¹⁹ SAP de Murcia. 2005/267736, de 3 de enero de 2005. En LYCZKOWSKA, Karolina. “Dolo *in contrahendo* Análisis de la Jurisprudencia” *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXII, fasc. I (2009). p. 422.

3.3.2.1 La necesidad de que exista error.

En relación el primer punto, Gomá nos dice

Generalmente se considera al dolo comercial como un engaño que provoca error en la otra parte. Sin embargo esto no es completamente exacto, pues pueden ser anulados por existir dolo contratos en los que no ha habido error. Lo que diferencia al dolo de los demás vicios de la voluntad [...] es que aquél se atiende menos a la conducta del que sufre el vicio que a la de la otra parte, que es quien lo que provoca [...] es la conducta maliciosa o insidiosa de la parte lo que determina que la voluntad del otro contratante este viciada [...]²²⁰

Dicho argumento, parecer partir de la tesis que sostiene Borda sobre el fundamento del vicio dolo, expuesta al tratar la naturaleza de este vicio del consentimiento. Sostiene que la anulación sanciona al dolo como conducta ilícita antes que proteger la voluntad en el negocio jurídico.

En sentido contrario, en el artículo sobre el dolo civil de la Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, se señala que “[...] el error provocado por medio de dolo ha de ser de tal naturaleza que la parte que otorga su voluntad por causa del falso conocimiento de la realidad [...]”.²²¹ De la misma frase se desprende que debe existir un error para que operen las consecuencias jurídicas. Igual, en la citada definición de Larrea Holguín y Merino para este vicio del consentimiento se habla de que una parte “incurre en error”.²²² Además, Vidal Ramírez tiene la misma apreciación y afirma que “[e]l dolo constituye, pues, un vicio de la voluntad en función del error que hace sufrir a la víctima”.²²³

Dada la naturaleza de los vicios del consentimiento o de la voluntad, y su campo de protección, parecería que para viciar el consentimiento debe existir un error. Esta tesis se reafirma con el requisito de que sea determinante, del que se hablará más adelante.

3.3.2.2 Autonomía del dolo y la extensión del error relevante.

Aceptada la necesidad de un error, la doctrina se ha planteado si en verdad existe una autonomía en relación con estos dos vicios del consentimiento, el dolo y el error, y en qué medida pueden estos diferenciarse. En otras palabras, se plantean dos dudas con

²²⁰ GOMÁ, José. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*. Óp. cit. p. 1314.

²²¹ “Dolo Civil”. *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*. Tomo IV. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2006. p. 903.

²²² LARREA HOLGUÍN, Juan y MERINO Rodrigo. *Derecho Civil del Ecuador*. Óp. cit. p. 81.

²²³ VIDAL, Fernando. *El Acto Jurídico*. Óp. cit. p. 204- 205.

respecto a este tema. Estas son: primero, qué justifica que el dolo sea considerado como un vicio del consentimiento autónomo y, segundo, dentro de que espectro de error puede recaer la víctima del dolo para que sea considerada un vicio.

El error vicia el consentimiento con independencia del dolo en determinadas circunstancias. Sin entrar en detalle sobre este vicio, se puede indicar que produce sus efectos cuando es trata sobre la naturaleza del negocio, sobre la identidad de la cosa, sobre sustancial esencial, sobre la persona, entre otros casos, siempre que se reúnan otras condiciones; además se podría anular cuando exista error en los motivos, de conformidad con cierto sector de la doctrina.²²⁴ Por esta razón, podría decirse que el dolo como vicio del consentimiento se encuentra subsumido dentro de la teoría del error.²²⁵

Sin embargo, algunos autores señalan que es necesario que el dolo se encuentre contemplado como vicio del consentimiento por diversas razones. Así, Planiol y Ripert indican tres razones que justifican que se separe al dolo del error: (1) por la prueba, pues el error se refiere al fuero interno, mientras que el dolo se manifiesta en actos, por lo que es más fácil probar este último; (2) el error que puede generar el dolo es más extenso, por ejemplo, el error, como vicio del consentimiento no anularía por error en los motivos, mientras que el dolo si por ser determinante; y, finalmente, (3) por los daños y perjuicios, pues el error no da lugar a ser indemnizado,²²⁶ mientras que el dolo siempre da lugar a daños y perjuicios.²²⁷

Dichos autores, Planiol y Ripert, hacen además una precisión importante. Si bien ciertos autores indican que el error sobre cualidades no sustanciales vicia el consentimiento cuando proviene del dolo, ellos señalan que dicha aseveración tiene incoherencia ya que

²²⁴ OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 187.

²²⁵ Ospina se plantea que el error en los motivos (sicológicos) o la causa si anularía el contrato, siempre que hayan sido expresados y determinantes, ante a falta de una causa real exigida por el Código Civil. OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 198.

²²⁶ Al respecto, la doctrina habla de la teoría de la culpa in contrahendo. En ciertos casos el error, por razones de equidad la parte que no sufrió error, ni lo indujo, puede exigir que se le indemnice por los perjuicios que haya sufrido. Cfr. OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 200.

²²⁷ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil: Teoría General de los Contratos. Contratos Especiales*. Óp. cit. p. 58.

“de la definición de las cualidades no sustanciales resulta que la parte habría contratado aunque hubiese conocido la verdad”.²²⁸

Este argumento parece coherente, en el sentido de que si el dolo no tiene ninguna importancia en la concertación del negocio, no tiene sentido anularlo porque de todas formas las partes, incluyendo a quien lo sufrió, lo deseaban. Sin embargo, existen casos en los que son cualidades no sustanciales o accidentales las que llevan a una persona a contratar; en el caso de que así fuere, no existe problema alguno para que este error sea relevante en el dolo.

Claro Solar mantiene una línea parecida a lo que se ha sostenido en párrafos precedentes, con relación a la autonomía de los vicios y de la necesidad de que la víctima incurra en error:

El error y el dolo son dos vicios que están muy lejos de confundirse: el error basta para viciar el consentimiento, aunque no haya habido ninguna maniobra fraudulenta que lo produzca; y el dolo basta también, por más que el error a que da lugar no sea substancial. Eso sí, que se requiere un error cualquiera para que haya dolo.²²⁹

Otra precisión para diferenciar el error del dolo como vicios independientes es que el dolo causa el error, mientras que el error al que se refiere el vicio error es fortuito:

El dolo se vincula con el error-ambos son vicios del consentimiento -, pero no se confunde técnica mente con él. El dolo tiende a producir, y lo consigue, un error en la otra parte se distingue de esta figura, no solamente por la elemental diferencia entre medio y fin, sino, por otras normas concretas.

Concluyendo este subtema. El dolo requiere la existencia de un error. Sin embargo, son dos vicios del consentimiento distintos. Primero, es importante esta distinción para los daños y perjuicios, puesto que solamente en caso de dolo puede la persona exigirlos. Segundo, el error causado por el dolo puede ser distinto del que se encuentra descrito por la norma legal como error vicio siempre que se cumplan las demás características y requisitos. Tercero, se diferencian en cuanto a que uno es fortuito, mientras que el otro es generado por el dolo.

²²⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil: Teoría General de los Contratos. Contratos Especiales*. Óp. cit. p. 59.

²²⁹ CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Óp. cit. p. 223.

3.3.3 La manifestación de voluntad.

Sin entrar en estricto detalle sobre este punto, el efecto de la distorsionada noción de la realidad, error, generada por el dolo lleva a otra persona manifestar su voluntad. Esta manifestación de voluntad que se explicó anteriormente, 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.²³⁰ Esto se explica 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 negocial. 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.

3.4. Requisitos para que constituya un vicio del consentimiento

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”.²³¹ De la misma frase se desprenden dos requisitos para que el dolo vicie el consentimiento: que provenga de una de las partes y que sea determinante.

²³⁰En caso de que el negocio sea solemne, la voluntad debe manifestarse mediante escritura pública o privada (en este caso existe discusión sobre la inexistencia o nulidad absoluta). Si en cambio, el dolo induce a la celebración de un negocio jurídico de carácter real, su voluntad se manifestará con la entrega o recepción de la cosa. Tratándose de negocios convencionales basta su simple manifestación de voluntad. Art. 1459 del Código Civil: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a ^{que} se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”

²³¹Código Civil. Artículo 1474. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

3.4.1. Que provenga de una de las partes.²³²

La clara consecuencia de este requisito, es que el dolo que proviene de terceros no vicia el consentimiento, sin perjuicio de los daños y perjuicios a los que hubiere lugar.²³³ Este requisito ha sido objeto de algunas críticas por parte de los autores que abordan el tema. Dentro de estos esta Josserand; Claro Solar haciendo paráfrasis de sus palabras dice: “[...] todo dolo debería acarrear la nulidad del acto concluido bajo su imperio, sin reserva ni distinción de autor; en ello está comprometida la libertad del consentimiento y la lealtad de las transacciones”.²³⁴ En este sentido, es distinto al vicio del consentimiento de la fuerza, en cuanto a que esta última alcanza para anular el acto sin distinguir de donde provenga.

El origen histórico de este vicio, tiene una importante trascendencia al momento de analizar dicho conflicto. Conforme se revisó anteriormente, el dolo tiene un origen penal privado en Roma, el *actiodoli*. De esta forma, autores como Planiol y Ripert sostienen en relación a esta interpretación lo siguiente:

Teóricamente se justifica el mantenimiento de la solución antigua de la manera siguiente: la anulación del contrato, cuando el dolo emanó de un tercero, sería injusta porque haría recaer la pena sobre la parte exenta de dolo, es decir, sobre un inocente.²³⁵

Claro Solar, buscando una justificación actual a esta diferencia entre el dolo y la violencia, la encuentra en el interés social. Mientras que en la fuerza, las vías de hecho afectan la tranquilidad de las personas, en el dolo “[e]l mismo interés general está en que las convenciones sean mantenidas [...]”.²³⁶ De todas formas, sea cual sea la justificación, este requisito no contribuye a proteger la libre manifestación de voluntad que se persigue con la tipificación de los vicios.

Además, hay que aclarar que basta con que haya participado el contratante en el dolo para deducir esta conclusión. Esta participación puede ser positiva o negativa, basta

²³²Una discusión importante que se da en relación con este requisito es la del dolo del representante, Dicho tema, sin embargo, no lo abordaremos, pues su discusión guarda relación con la figura del mandato y no es necesaria para nuestro tema. Un sector de la doctrina sostiene que si anularía, mientras que otro no. Dentro de estas posiciones existen diversos matices.

²³³ Código Civil. Artículo 1474. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

²³⁴ JOSSERAND. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, no. 94. En CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Óp. cit. p. 225.

²³⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil: Teoría General de los Contratos. Contratos Especiales*. Óp. cit. p. 57.

²³⁶ CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Óp. cit. p. 226.

que tenga conocimiento de que se está empleando el dolo, para que proceda a ser un vicio del consentimiento, por actuar con complicidad.²³⁷

Lo importante es en todo caso que el dolo provenga de la contraparte cuando estemos frente a un negocio jurídico bilateral. Cuando proviene de un tercero, sus consecuencias se asemejan más a las de un delito civil y sus efectos son los mismos. Además, en estos casos podría demandarse al nulidad por error, si los presupuestos fácticos y probatorios así lo permitieran. Por obvias razones, al no existir más de una parte, en los negocios jurídicos unilaterales este requisito no puede exigirse.

3.4.2. Que sea determinante.

Uno de los asuntos de mayor complejidad para la aplicación práctica del dolo tiene que ver con el requisito de que sea determinante. Este requisito es fundamental al revisar la gravedad requerida por el dolo y la necesidad de un error, conforme se revisó anteriormente. A través de la doctrina, podemos encontrar mayor claridad en relación con este requisito.

En el Código Civil argentino, a este requisito se lo describe de la siguiente forma: “Que haya sido la causa determinante de la acción”.²³⁸ Asimismo, los Ospina al referirse a este requisito nos indican que “[...] sea la causa determinante del acto o contrato”.²³⁹ En ambos casos se refieren a la causa determinante. Debe entenderse en este sentido a la causa como el motivo, manifiesto,²⁴⁰ que lleva a la persona a celebrar el contrato, es decir, lo que le lleva a entrar en error y consiguientemente a manifestar su voluntad.

Si es que faltando el dolo el negocio igual se hubiese concertado, estamos frente al dolo incidental que puede describirse así: “[...] no es el engaño determinante de la voluntad y, por tanto, es el que no se constituye como causa eficiente de la celebración del acto jurídico, puesto que con o sin su mediación se hubiera de todas maneras celebrado”.²⁴¹

²³⁷ OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 205.

²³⁸ Código Civil (Argentina). Artículo 932. http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf.

²³⁹ OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 206.

²⁴⁰ Al hablar de los motivos resulta imposible juzgar el fuero interno. Las razones psicológicas que llevan a una persona actuar son inaccesibles para el Derecho al menos de que se encuentren manifiestas.

²⁴¹ VIDAL, Fernando. *El Acto Jurídico*. Óp. cit. p. 202.

La distinción entre el dolo incidente y el dolo determinante data desde épocas romanas, conforme se explicó en el punto 1.2.2.1 de la presente tesis en relación con los conceptos de *doluscausamdanscontractui* y el *dolusincidens*. La distinción entre uno y otro, partía entonces y hasta ahora en la determinación causal que tiene el dolo en la concertación del contrato.

Conforme revisamos anteriormente, es importante que el dolo empleado haya sobrepasado del dolo tolerado o dolo bueno. Esto se debe, antes que nada a que el error debe ser fruto del dolo, de lo contrario podríamos estar frente a dos hipótesis. La primera de ellas es que no haya sufrido un error determinante, entonces nos encontramos frente a una hipótesis en la que el dolo no viciaría el consentimiento. La segunda hipótesis que puede suceder es que la causa determinante del error sea imputable a la misma víctima, ya sea por su descuido, o por su credulidad. En este sentido Lorenzetti indica:

Si una parte confía de modo negligente, soporta los riesgos. Se aplica aquí la doctrina del error [...]. Hay una carga de autoinformación entre partes igualitarias. Por ejemplo, los terceros pueden y deben requerir al representante la exhibición de sus poderes [...] igualmente, alguien que emprende negociaciones con otro, si es responsable y diligente, debe averiguar de quien se trata, sus antecedentes, seriedad. Si obra con ligereza hay una participación culposa del perjudicado al no averiguar²⁴²

En síntesis, el requisito de que sea determinante el dolo se refiere a un vínculo causal que lo une con la concertación del negocio jurídico. De esta forma, el dolo debe determinar al error y el error a la manifestación de voluntad que da nacimiento al negocio, para que se pueda hablar de un dolo determinante. Si es que no hay error o el error se debe a la negligente actitud de la víctima, no existiría este vicio del consentimiento debido a que el dolo empleado no es determinante.

Como una simple analogía con el delito de estafa, de la misma manera en que en esta se requiere que el error sea imputable al engaño, y la disposición patrimonial al error, para el dolo se requiere que la manifestación de voluntad de la víctima sea causada por el error y el error, a su vez, por el dolo. Por esta razón se habla de la necesidad de que exista un nexo de causalidad entre el dolo y la declaración.²⁴³

²⁴² LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos: Parte General*. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2010, p. 337.

²⁴³ GOMÁ, José. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*. Óp. cit. p. 1314.

3.5. Las consecuencias jurídicas del dolo

El dolo, en términos generales, ocasiona a quien lo emplea en perjuicio de otros la obligación de tener que indemnizar por daños y perjuicios. Cuando nos referimos al dolo vicio del consentimiento en particular, este tiene una consecuencia adicional que es la nulidad. Nuestro Código Civil prevé que “[e]s 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. La nulidad puede ser absoluta o relativa”.²⁴⁴

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 “[...] su consentimiento no adolezca de vicio”.²⁴⁵ Entonces, 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 absoluta y determina que aquellos vicios que no estén determinados en esta lista producen nulidad relativa y dan derecho a la rescisión.²⁴⁶ Quedando los vicios del consentimiento fuera de esta lista, vician de nulidad relativa a los negocios jurídicos.

Ahora bien, la nulidad relativa, así como la absoluta, deben ser declaradas judicialmente.²⁴⁷ 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 Ospina y Ospina, es una sanción civil que se justifica en “evitar que los vicios [...] adulteren el proceso intelectual-volitivo que es la sustancia del acto jurídico”.²⁴⁸

Una vez que estos han sido declarados en sentencia ejecutoriada, prescribe el Código Civil 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; [...]. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la

²⁴⁴ Código Civil. Artículo 1697. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

²⁴⁵ Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

²⁴⁶ Estas son las siguientes: objeto y causa ilícita, omisión de solemnidad (se discute si el efecto es la nulidad o inexistencia), y los actos ejecutados por personas absolutamente incapaces.

²⁴⁷ Código Civil. Artículos 1698, 1699 y 1704. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

²⁴⁸ OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Óp. cit. p. 458.

pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias [...]; todo según las reglas generales [...].²⁴⁹

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. Planiol y Ripert, de hecho lo señalan como uno de los elementos que distingue al dolo y al error como vicios, conforme vimos anteriormente, a la indemnización a la que habría lugar de existir el dolo.²⁵⁰ 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.

Se dijo que la nulidad que afectaba era la relativa. Las principales diferencias con la nulidad absoluta son, antes que sustanciales, son procedimentales. Así, solamente puede ser declarada judicialmente cuando una parte así lo exija, no puede intervenir ni aún el ministerio público en defensa del Derecho.²⁵¹ Además, esta puede ser ratificada por las partes.²⁵² De lo mismo se desprende que el interés es estrictamente particular. Retomando un tema anterior, si es que fuera la ilicitud de la conducta dolosa el fundamento de la nulidad, debería poder interceder en estas causas el ministerio público como en los casos de nulidad absoluta.

Otra particularidad de la nulidad relativa, es que esta puede sanearse por el transcurso del tiempo. De esta forma, transcurridos cuatro años desde que se produce el dolo, queda saneada dicha nulidad y las partes quedan vinculadas al contrato. Si cualquiera de ellas demanda el cumplimiento de determinada prestación, entonces ya no se podrá oponer esta nulidad como vicio y deberá cumplirla.

²⁴⁹ Código Civil. Artículo 1704. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

²⁵⁰ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*: Óp. cit. p. 58.

²⁵¹ Código Civil. Artículo 1700. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

²⁵² Código Civil. Artículo 1700. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

3.5. Síntesis general y observaciones

3.5.1 Síntesis.

El dolo se define en nuestra codificación civil como la intención positiva de causar daño a una persona o sus bienes. De sus distintas manifestaciones, sin embargo, se desprenden tres distintas acepciones del mismo: (1) el dolo en los delitos civiles, (2) el dolo en el incumplimiento de obligaciones, y (3) el dolo vicio del consentimiento. Es este último el que se desarrolló en el presente capítulo, por ser aquel que ofrece complicaciones al delimitarlo con el delito de estafa.

A este dolo se lo puede resumir como aquel engaño que se emplea deliberadamente para obtener de otra persona una manifestación de voluntad que se configure como negocio jurídico, por intermedio de su error. Este engaño, en consecuencia, se presenta de forma anterior y no posterior a la manifestación de voluntad. En otras palabras, existe una relación causal entre una y otra.

Las particularidades del engaño son algunas. Primero, puede emplearse a través de acciones u omisiones. Segundo, sobrepasa el llamado “dolo bueno” o tolerado, que es aquel que se emplea normalmente por los comerciantes y no lleva consigo malicia alguna. Finalmente, se caracteriza por ser intencional, es decir, quien lo emplea conscientemente dirige sus acciones u omisiones hacia el resultado deseado que es producir el error y el negocio jurídico.

La víctima del dolo debe incurrir en error, es decir, debe tener una falsa representación de la realidad. En este sentido, gran parte de los errores causados por el dolo pueden encontrarse abarcados por el error. Sin embargo, existen dudas acerca de la anulabilidad de actos producidos por determinados errores. Estas, pueden ser solucionadas a través del dolo.

Además, los autores sustentan que el dolo se manifiesta en el mundo externo, mientras que el error no, así se encuentra una utilidad práctica en el tema probatorio. También, en la anulación, si es que fuera necesario, la víctima del dolo podrá solicitar que se le indemnice por otros daños o perjuicios que se le hubiere causado.

Los requisitos textualmente exigidos por la Ley son dos: que sea la causa determinante y que provenga de la otra parte. El primero, es un requisito de causalidad entre los elementos y busca proteger a los negocios jurídicos queridos por las partes, así como también evitar que se sancione al dolo ajeno por la negligencia propia de la parte que incurre en error. El segundo de ellos, parece tener, antes que un fundamento coherente en el actual sistema, origen en el *actiodoli*, figura delictiva romana, conforme a la cual se estaría sancionando a un inocente.

Existiendo dolo, y reuniéndose los requisitos, la consecuencia natural es que exista una anulabilidad relativa y pueda ejercerse la acción de rescisión. Excediéndose los daños y perjuicios causados al punto de no ser remediado mediante la sanción de nulidad, quien sufrió el dolo podría adicionalmente pedir que se le indemnice.

3.5.2 Observaciones.

En lo principal, a lo largo del capítulo se pudieron observar algunas similitudes con el delito de estafa. Estas se tomaran en cuenta en el siguiente capítulo. Sin embargo, como observación general se puede decir que el engaño en la estafa es muy similar, al engaño que se desarrolló en el presente capítulo. El error, es un requisito para ambas figuras; El acto voluntario de la víctima, en un caso disposición patrimonial y en otro manifestación de voluntad, también lo es.

4. DELIMITACIÓN Y ADOPCIÓN DE POSTURA

En los capítulos precedentes se estableció los lineamientos de una y otra figura, así como sus antecedentes históricos. Así, se determinó que los antecedentes directos de la estafa y el vicio del consentimiento dolo parten de la misma figura: el *actiodoli*. Posteriormente, la normativa romana desarrolló la restitución integral de los contratos, de naturaleza civil, y el estelionato, figura penal. Las matices para aplicar esta última figura eran en ese entonces (y lo siguen siendo) poco claras.

Este origen marcaría un hito en la historia del Derecho. El vicio del consentimiento dolo y la estafa mantienen muchos elementos en común como consecuencia de sus raíces. Tanto es así, que los ejemplos que expone la doctrina del vicio del consentimiento dolo son casos a los que la mayoría de penalistas lo calificarían de estafa con solamente escucharlos. Así, Claro Solar expone:

[...] un mercader de automóviles que ha persuadido falsamente a su cliente que su coche está fuera de uso y no puede ser reparado y que así lo determina a adquirir otro; o es un vendedor que ha declarado falsamente que el fundo por él enajenado tiene derecho a una servidumbre imaginaria, o que para obtener el consentimiento del comprador ha mostrado una carta que atribuye un precio mayor a la cosa vendida.²⁵³

Debe enfatizarse no solamente en la similitud de la actuación del sujeto activo del delito y del autor del dolo civil, sino también en las consecuencias de uno y otro proceder. Como se desprende de los capítulos precedentes, la responsabilidad que acarrea una y otra figura, es abismalmente distinta. Principalmente, en lo que respecta a la pena privativa de la libertad que es consecuencia de la estafa.

En palabras de Zamora-Pierce, el examen que se hará a continuación tiene la finalidad de evitar dos posturas extremas, jurídicamente insostenibles:

[...] establecer criterios claros y precisos que nos permitan escapar de dos posiciones extremas, ambas sofismas, que afirman: la primera, que basta que las partes [hayan] celebrado un contrato, para que el litigio resultante únicamente pueda ser competencia de tribunales civiles; esta postura desvirtúa el Derecho Civil, convirtiéndolo en un escudo para todos aquellos que, bajo la forma de un contrato, ocultan maniobras engañosas que les permiten obtener un ilícito lucro; y la segunda : que tras cada contrato incumplido se oculta un fraudulento engaño, lo que autoriza la aplicación de graves

²⁵³CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Óp. cit. p. 220

sanciones penales en contra de todo deudor civil; esta postura viola la norma constitucional que prohíbe la prisión por deudas.²⁵⁴

Así, en el presente capítulo se revisarán las distintas posturas empleadas para evitar encontrarnos frente a las situaciones extremas expuestas.

A continuación se presentarán las hipótesis problemáticas, separando aquellas que no presentan mayor dificultad. Posteriormente, se abordarán las tesis que delimitan las figuras examinadas. Entre ellas, las que parten de la naturaleza de la legislación civil y penal, aquellas que buscan diferenciar a través del dolo (engaño), las que sostienen que existe una relación género y especie entre ellas, aquellas que plantean una diferencia por el resultado final u objeto, y la delimitación hecha a partir de la tipicidad penal. Además, se abordarán los principios que serían trascendentales al abordar este delito. Hecha esta delimitación, se adoptará una fórmula propia y, finalmente, se planteará sus correspondientes consecuencias.

4.1 Hipótesis problemáticas

4.1.1 El contrato y la estafa.

El problema de la delimitación entre el dolo vicio y la estafa, se presenta ante la presencia de un elemento jurídico civil, que es el negocio jurídico bilateral, llamado también convenio y vulgarmente generalizado como un contrato.²⁵⁵ Cabe recalcar que el tipo penal de estafa no requiere la presencia de dicho elemento. Sin embargo, nada obsta para que el negocio jurídico sea parte del engaño o su finalidad. En este sentido, ante la inexistencia de un negocio jurídico no puede existir el vicio del consentimiento, pero si una estafa.

Un ejemplo sería el siguiente: una persona engaña al chofer de otra persona, haciéndolo pensar a este que es amigo de su jefe y que tiene que tomar el vehículo. De esta manera, se hace de la cosa, mediante engaño, perjudicando el patrimonio del dueño. En ningún momento existió voluntad por parte del engañado y del engañador, destinada a la producción de efectos jurídicos. Por lo que no puede hablarse de la existencia de un negocio jurídico.

²⁵⁴ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El fraude*. Óp. cit. p. 122

²⁵⁵ Cabe recordar que todo contrato es un convenio, más no viceversa. El contrato es un tipo de convenio del que nacen obligaciones. Convenio es todo negocio jurídico bilateral.

Es cuando existe engaño y cuando existe un convenio, que es posible la existencia de una “estafa contractual” o negocial, y, por lo tanto, el ámbito en el que se genera la confusión.

4.1.2. El incumplimiento contractual, los negocios aparentes y la estafa.

Primero que nada, hay que efectuar una primera distinción entre el dolo civil y la estafa en lo que respecta al llamado dolo de incumplimiento. Esta distinción, es sin duda, la más aplicada y conocida, toda vez que el debate penal que surge con motivo de las estafas contractuales, normalmente se pretende separar un incumplimiento contractual puro de un delito de estafa. Donna, hace esta distinción, y señala que es fundamental que se presente el dolo de incumplimiento de forma anterior al contrato. Si el dolo de incumplir una obligación surge de manera posterior al contrato, entonces estaremos frente a un incumplimiento de naturaleza estrictamente civil.²⁵⁶

Esta técnica es correcta y, sin embargo, limitada. Es correcta en tanto a que la tipicidad del delito de estafa requiere que el agente actúe con dolo al engañar. Este engaño precede al acto de disposición por obvias razones. Por lo tanto, si es que una de las partes, de forma posterior al perfeccionamiento del contrato, decide deliberadamente incumplir su obligación causando perjuicio, entonces estaríamos frente a un claro ejemplo de incumplimiento contractual y no de estafa, puesto que el contrato, como acto de disposición o medio engañoso, no fue utilizado u obtenido mediante engaño alguno.

Por otra parte, este parámetro es limitado. El vicio del consentimiento dolo, al igual que el engaño en el delito de estafa, se presenta de forma anterior a la concertación del negocio jurídico. Visto desde esta perspectiva, resulta inútil este criterio para distinguir una y otra situación. Ante un dolo posterior, no existe ni estafa ni dolo que vicie el consentimiento. De todas formas es importante hacer énfasis en este tema, antes que por una discusión puramente académica, por un motivo práctico: si no existen pruebas del dolo anterior, no sería conveniente en ningún caso una acción de estafa por dicho acto.

Otro tema que es importante que se aclare, es que la “estafa contractual” no va necesariamente vinculada a un dolo anterior de incumplimiento, esto puede revestir otras formas. Incluso, el sujeto activo del delito, puede cumplir con su parte o desear hacerlo y

²⁵⁶DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit.p.295

aun así consistir esto en una estafa. Por ejemplo: persona “A” engaña a persona “B” para que crea que su reloj es original (cuando no es más que una réplica) y le vende a un valor sumamente alto que resulta perjudicial para su patrimonio. En ningún caso estafador pretendió incumplir el contrato.

Dopico se refiere a estos casos en los que el contrato no es más que una cubierta de la estafa, ya sea por la intención originaria de incumplimiento o por la falta de eficacia del contrato dolosamente causada por el sujeto activo.²⁵⁷ Señala que esta forma de diferenciar a la estafa del dolo civil, manejada en determinados fallos del Tribunal Supremo Español, resulta incompleta: “Hay sin duda estafa en los casos de negocios vacíos o puramente aparentes que sólo encubren un fraude; pero también pueden darse estafas en el seno de una relación negocial real”.²⁵⁸ Esta conclusión, por lo expuesto en el párrafo anterior, es coherente conforme con lo revisado.

Así, es claro que las hipótesis de dolo de incumplimiento contractual posterior y el fraude con negocios aparentes, son solamente una parte del problema que se presenta. Y, también puede presentarse el problema en hipótesis distintas a las señaladas. Procederemos, entonces, a revisar las distintas delimitaciones que han sido adoptadas por doctrinarios y jueces para delimitar y establecer una posible limitación a las figuras examinadas.

4.2 Posturas para la delimitación

4.2.1 Antijuridicidad civil y penal.

Primeramente, los autores se plantearon una delimitación entre el dolo civil y el dolo penal, en base a la antijuridicidad, aduciendo que en determinados casos es civil y en otros, por el contrario, es penal. Así, algunos sostenían que el Derecho Civil únicamente protege a la propiedad, mientras que el Derecho Penal protege los demás intereses; se señaló también la antijuridicidad civil consiste en atacar derechos subjetivos, mientras que la penal al Derecho objetivo; otros, que el uno protege el interés individual, mientras que lo

²⁵⁷ Un claro ejemplo de este tipo de actos puede consistir en la celebración de promesas de compraventa sin escritura pública. Desde la perspectiva civil se puede discutir sobre la inexistencia o nulidad del contrato. En todo caso, carecerá de efectividad jurídico civil dicho documento.

²⁵⁸ DOPICO, Jacobo. “Estafa y Dolo Civil: Criterios para Su Delimitación”. Óp. cit. p. 12

penal busca preservar la tranquilidad pública.²⁵⁹ Jiménez de Asúa, crítica a estas posturas debido a la falta de claridad entre dichas limitaciones.

Dicho autor señala que si al Derecho Civil, le interesaría solamente lo patrimonial, no se hubiere encontrado este los temas de familia que no tienen dicha naturaleza; además, acertadamente añade que el derecho objetivo y subjetivo son conceptos que se encuentran ligados.²⁶⁰ A su modo de ver, “[...] el delito, como la infracción civil, caen en el ámbito común de lo injusto culpable. Es decir, que lo injusto civil, administrativo y penal tienen un mismo origen y sólo se separan al llegar a las consecuencias.”²⁶¹

A la antijuridicidad se la suele definir como una característica del acto delictivo que significa que ella es contraria al Derecho.²⁶² Jiménez de Asúa, señala que esta definición es extremadamente amplia y que “se completa por negaciones; es decir, por el expreso enunciado de casos de exclusión, a los que se llaman causas de justificación por autores y leyes”²⁶³ 263264.

Del COIP se desprende que la antijuridicidad penal, se devela a través de la tipicidad²⁶⁵ (entendiéndose que el perjuicio o peligro al bien jurídico se encuentra dentro de esta)²⁶⁶ y ante la falta de una causal de justificación. Un delito civil puede afectar bienes jurídicos importantes y a la tranquilidad pública sin por ello ser delitos penales al no encontrarse tipificada la conducta. En el delito civil lo fundamental es demostrar un daño, mientras que en el penal demostrar la tipicidad, que en ciertos casos puede involucrar solamente peligro.

²⁵⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Losada: Buenos Aires, 1958. p. 964- 965

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal: La ley y el Delito*. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1997. p. 267

²⁶³ *Ibíd.*

²⁶⁴ Estas causas de exclusión de antijuridicidad son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, orden legítima de autoridad y deber legal. Código Orgánico Integral Penal. Artículo 30. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

²⁶⁵ Zaffaroni señala que la conducta típica y antijurídica es lo que se denomina un injusto penal. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. Ediar: Buenos Aires, 1987. p. 561

²⁶⁶ El COIP señala que la antijuridicidad consiste en la lesión o peligro al bien jurídico. Sin embargo, en mi criterio, dicha aseveración no es precisa en tanto a que los tipos penales abarcan peligro o daño al bien jurídico. La falta de lesión al bien jurídico, por tanto, deja atípica a una conducta. La antijuridicidad se excluye con las causales de justificación.

Von Liszt sugirió la existencia de una antijuridicidad material, basada en la lesión y peligro al bien jurídico, que no necesariamente coincide con la tipicidad (puede haber delito que no sea antijurídico y conductas antijurídicas que no sean delitos)²⁶⁷; sin embargo también expresó que es tarea del legislador que las normas penales positivas develen estas conductas, pues el juez de todas formas debe actuar conforme a la norma penal.²⁶⁸ De esta forma, el concepto de antijuridicidad se sigue reduciendo a la tipicidad penal y puede tener cierta relevancia al analizar el principio de mínima intervención penal en un caso concreto.²⁶⁹ En el caso de la estafa, se debe excluir las que causan un daño irrelevante para la sociedad y el afectado.

En general, los intentos de delimitación a través de la antijuridicidad son demasiado ambiguos y objetables. No en vano, Zamora- Pierce metafóricamente describe al esfuerzo que se ha hecho en este campo de esta manera:

Verdaderos ríos de tinta ha empleado la doctrina en discutir cuáles puedan ser los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Civil [...] El esfuerzo de la doctrina jurídica en esta búsqueda es solo comparable al de los alquimistas medioevales que perseguían la piedra filosofal, e igualmente inútil.

Debe concluirse por lo tanto, que la antijuridicidad material de una y otra rama del Derecho no es un medio idóneo para establecer una diferencia entre el dolo vicio y la estafa. Señalar que un fraude es solamente civil por atentar solamente a la propiedad, no afectar a la tranquilidad pública o atentar solamente contra un derecho subjetivo, generaría un debate filosófico caótico dentro de los tribunales penales. Dentro de este, necesariamente se aplicaría convicciones morales que exceden lo querido.²⁷⁰

Además, no necesariamente la “falta de antijuridicidad material” de la estafa involucraría los elementos necesarios para que se pueda acceder a una acción por el vicio

²⁶⁷ Así, por ejemplo, podría decirse que la violación inversa, sin estar tipificada, puede afectar un bien jurídico tutelado por la legislación penal, la libertad sexual. Dentro de la misma categoría de delitos, también podría encontrarse el ejemplo inverso. De esta forma, podría señalarse que el estupro es un delito, pero no afecta a un bien jurídico de relevancia penal.

²⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. Ediar: Buenos Aires, 1987. p. 562 - 563

²⁶⁹ Por ejemplo, una persona ilegalmente porta armas, realizando la conducta descrita en un tipo de peligro abstracto, sin embargo, se encuentra a miles de kilómetros de cualquier otro ser humano. En este caso, podría decirse que la conducta no es, materialmente, antijurídica por no existir peligro alguno para la seguridad de las demás persona, bien jurídico protegido. En este último caso, no se justificaría la intervención penal del Estado.

²⁷⁰ La moralidad de un juez puede influir consciente o inconscientemente en el conocimiento de una causa. Sin embargo, en materia penal esta discrecionalidad debe reducirse al máximo en base al principio de legalidad penal.

dolo. Pues, conforme se revisó, los elementos, aunque parecidos, no son idénticos. La existencia jurídica de un contrato por ejemplo, es un requisito que solamente debe probarse en materia civil. La falta de afectación al bien jurídico, no implicaría necesariamente que exista el vicio del consentimiento dolo, tampoco.

4.2.1 Criterios que postulan la delimitación en base a magnitud, forma e idoneidad que reviste dolo o engaño.

Otros autores, con una postura similar a la explicada anteriormente, pretendieron delimitar a conductas en relación con la magnitud o forma del dolo. Entre estos, por la influencia que ha tenido en la historia del Derecho, debe destacarse a Carrara. Para este autor el dolo encuentra tres niveles. Primero, un dolo tolerado y lícito (viene a ser el dolo bueno), luego un dolo que tiene relevancia civil y anula los contratos; y, finalmente, un dolo de relevancia penal; la delimitación entre estos dos últimos es lo que genera más problemas en su criterio.²⁷¹

Como se analiza en capítulos precedentes, para este autor era inconcebible una estafa a través del engaño verbal; para que se configure el delito era necesario que el actor ejecute siempre actos materiales para inducir a error a la víctima, conforme lo requería la llamada doctrina francesa de la puesta en escena. Carrara decía lo siguiente:

En resumen, hay que distinguir entre mentira y artificio. La mentira no es delito, porque ninguno debe creer fácilmente las palabras ajenas, y si las cree, cúlpese a sí mismo, y si es el caso, espere de los tribunales civiles la reparación de los perjuicios sufridos. Pero el artificio, cuando no tiende a una burla inocente sino a un injusto despojo, presenta las condiciones objetivas del delito; para que haya artificio no basta el solo discurso, por elocuente, estudiado y persuasivo que sea, si fuera de las palabras mentirosas no se efectúa algo que compruebe las afirmaciones falsas [...].²⁷²

Esta doctrina nos indica que existe un salto del dolo civil al penal cuando el engaño está acompañado por una puesta en escena del sujeto activo.

El problema de esta postura es que parte de la tipicidad de la estafa en Francia y de la doctrina jurisprudencial de sus tribunales en ese entonces. Con la debida delimitación, se ha hecho constar en los capítulos precedentes que el engaño puede ser verbal, tanto para el dolo civil como para la estafa. Incluso, existía el debate en lo civil en relación con la

²⁷¹ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Óp. cit. p. 426

²⁷² Id. p. 427

materialidad del engaño. Por lo tanto, no puede considerarse a este como un criterio válido de distinción.

Una postura similar la sostienen Planiol y Ripert. Para ellos:

[...] en la definición de los medios de engaño constitutivos del dolo, una notable divergencia el Derecho civil y el penal. Según el Derecho penal francés, la simple mentira no constituye, por lo menos en general, un medio de estafa (*esroquerie*) (la estafa consiste en ampararse de una cosa cuya entrega se obtiene por dolo).²⁷³

Sin embargo, en el pie de página, los mismos autores admiten que las mentiras si pueden constituir un engaño penal bajo el amparo de otras legislaciones y que la fórmula expuesta es válida únicamente para la tipificación francesa.²⁷⁴ En un caso, por ejemplo, en que exista una relación de confianza razonable y justificada entre dos personas, una mentira verbal puede constituir un engaño suficiente, tanto en el ámbito civil como en el penal.

Para otros, la idoneidad es lo que distingue al dolo civil del dolo penal. Por ejemplo para Carmignani, el Derecho Penal se ocupa de aquellos casos en los que el engaño puede afectar a una persona mediamente atenta.²⁷⁵ Para Escobedo, “[...] hay fraude solamente civil cuando el hecho fraudulento surge, casi como accesorio, en el terreno de una relación social o jurídica honesta y legal, a menos que el culpable haya usado artificios o engaños tales que venzan la perspicacia del sujeto pasivo”.²⁷⁶

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia de Honduras, dedujo un razonamiento en el que se enfoca en la gravedad e idoneidad del engaño. Parte de su texto se reproduce a continuación:

[...] aparentemente las palabras o maquinaciones insidiosas que suponen el dolo civil, guardan en sí muy poca diferencia con el engaño del tipo de estafa, pudiendo estas palabras o maquinaciones insidiosas llegar a constituir el llamado engaño bastante exigido para el delito de Estafa, sin embargo la doctrina enseña que la distinción ha de basarse en que el engaño de la Estafa debe caracterizarse por la gravedad e idoneidad para causar el error y determinar la disposición patrimonial que no tiene el dolo civil, en consecuencia, el

²⁷³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil: Teoría General de los Contratos. Contratos Especiales*. Óp. cit. p. 56-57

²⁷⁴ Id. p. 57

²⁷⁵ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El fraude*. Óp. cit. p.124

²⁷⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Volumen I. Ediar: Buenos Aires, 1948. p. 215

engaño en relación a la Profesión del Constructor quien afirmó ser ingeniero civil, sin serlo, no trasciende, en opinión de esta Sala de lo Penal, a la esfera del derecho penal [...] ²⁷⁷

Con esta tesis estarían de acuerdo aquellos que suponen que el dolo no requiere inducir a error para ser un vicio del consentimiento. Sin embargo, conforme se revisó en páginas anteriores, se requiere que el dolo sea determinante o causante, por lo que resulta incompatible dicha postura con nuestra legislación positiva. Además, debe recordarse que el engaño requerido para que constituya vicio también requiere cierta gravedad.

La calidad e idoneidad que reviste una y otra figura son prácticamente idénticas. La mentira puede constituir vicio del consentimiento en los mismos casos en los que puede ser el engaño en un delito de estafa. Se requiere que sea determinante, tanto para la concertación del negocio jurídico, como para la disposición patrimonial (en el dolo civil y en la estafa, respectivamente). Por ejemplo, la simple mentira o afirmación de algo falso, sin que las circunstancias le otorguen credibilidad a esta, no podría considerarse engaño jurídicamente relevante, ni para el Derecho Civil, ni para el Penal.

Por esta razón, paulatinamente se han ido abandonado estos criterios de delimitación que buscaban encontrar una distinción *a priori* dentro del dolo, engaño, para catalogar al acto como penal o civil, ya sea por la forma e idoneidad del dolo, como por la antijuridicidad de la conducta. Partiendo de este supuesto, Manzini ya advertía: “[c]ual sea, pues, la línea de separación entre estos y otros medios afines pero diversos, no se puede decir *a priori*; es cuestión de apreciación concreta” ²⁷⁸

4.2.3. Posturas que equiparan a las conductas

Para Manzini, todo fraude civil es penal a la vez, es decir, equipara las situaciones que analizamos y afirma:

O el llamado fraude civil es al mismo tiempo fraude penal, o no es fraude en sentido propio. Nosotros no sabríamos imaginar un caso en el que una persona, induciendo a otra a error mediante artificios o engaños, y haciéndose así causa voluntaria de la lesión del derecho ajeno en beneficio propio, pueda quedar sujeta a la simple responsabilidad civil. ²⁷⁹

²⁷⁷ Corte Suprema de Justicia (Honduras). Casación n° SJCSJ-CP1538. Sentencia de 2 de marzo de 2011

²⁷⁸ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. Óp. cit. p. 214

²⁷⁹ Id. p.213

Concluye que no existe un fraude puramente civil.²⁸⁰ En otras palabras, toda hipótesis de dolo civil tiene relevancia penal en el delito de estafa; podríamos estar frente a una situación en la que el dolo civil sería una modalidad de estafa.

De forma similar, el ecuatoriano Larrea Holguín añade que

Los fraudes, estafas u otros procedimientos ilegales para aprovecharse injustamente en los negocios y obtener ganancias no justificables, son casos de dolo, aunque la intención directa de quien los comete sea la de enriquecerse, indirectamente y de modo inseparable, se busca el daño de otra persona.

Dicha tesis mantiene una salvedad con respecto a la de Manzini. Para él, la estafa es una especie de dolo. En consecuencia, puede existir el vicio del consentimiento dolo sin estafa, pero no podría existir estafa sin este dolo.

En la jurisprudencia comparada podemos encontrar fallos en los que se recogen criterios con esta línea. En este sentido, una sentencia colombiana expone lo siguiente:

Si hay relación de causalidad entre el engaño o artificio y el beneficio económico ilícito para el agente con perjuicio de tercero, se tiene el dolo civil principal como la estructuración típica del delito de estafa que existe cuandoquiera que el afectado en su patrimonio no hubiera prestado su consentimiento para el acto o contrato que lesionó injustamente su patrimonio económico. El engaño es, pues, lo que caracteriza el delito de estafa mediante aquel, el autor del hecho consigue un provecho económico ilícito con perjuicio de tercero.²⁸¹

De esta manera, deja de lado la distinción entre una y otra y, más bien los llega a equiparar con las particularidades requeridas para que se configure la estafa.

En términos generales estas posturas suponen que la existencia de una de las figuras legales es la antesala de la otra o implica necesariamente la coexistencia de ambas figuras. Además, llama la atención este fallo penal colombiano que revisa la configuración del dolo vicio para determinar la existencia de la tipicidad del delito de estafa, como si este configuraría un elemento típico. Siguiendo esta teoría, toda sentencia que determine la existencia del vicio del consentimiento debería, a su vez, servir de punto de partida para la investigación del delito de estafa. O, la sentencia condenatoria de un delito de estafa, debería obligatoriamente tener consecuencias civiles en relación con un determinado acto.

²⁸⁰ Id. p.217

²⁸¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Colombia). Segunda Sala. Sentencia de 21 de enero de 2004.

4.2.4. Delimitación por el resultado u objeto del dolo.

Otros, pretenden diferenciar al delito del vicio del consentimiento en relación con el resultado de la acción. Dentro de estos, podemos citar un fallo de la Corte Suprema de Justicia:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe. La buena fe es la conciencia de haber adquirido las cosas por medios legítimos exentos de fraude o cualquier otro vicio. El dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y aparece claramente que sin él, el otro no hubiera contratado. Estos principios son de naturaleza civil; pero, cuando los hechos rebasan estos límites el asunto se hace materia de indagación penal.²⁸²

Posteriormente, en dicho fallo se analiza como el hecho puede constituir dolo civil, por un lado, al ser este determinante del contrato. Y también explica que mediante el engaño se hizo entregar dinero, así configurando delito de estafa y rebasando los “límites”.²⁸³ Al parecer, entonces, es el resultado típico de la disposición patrimonial lo que traslada a un acto de lo civil a lo penal, conforme a esta Sala.

Gómez y Yoruanis, hacen un extenso análisis del tema que nos ocupa, las autoras esbozan la siguiente conclusión

El delito de Estafa y el Dolo Civil se diferencian en cuanto al objeto sobre el cual recae la conducta del sujeto. En el Dolo Civil el agente tiene por finalidad lograr el consentimiento del contrato; mi entrada en la Estafa, el contrato es el medio a través del cual el agente logra su finalidad, la cual es defraudar. En el primero el objeto es el contrato, en el segundo, es el patrimonio.²⁸⁴

Esta postura tiene su lógica en relación con el ámbito de protección de una y otra figura, la voluntad que integra al negocio por la legislación civil y el patrimonio por la penal. Sin embargo, los contratos se celebran para cumplirse. Quien dolosamente obtiene el consentimiento de la contraparte, por lo general no se limita a esto, sino que también quiere que el mismo se ejecute. Por ejemplo, dolosamente obtengo que se me venda un vehículo. Mi intención no es el acuerdo de voluntades, sino que se me entreguen el vehículo y hacerme dueño.

²⁸² Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. *Gaceta Judicial*. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. p. 2633

²⁸³ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. *Gaceta Judicial*. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. p.

2633

²⁸⁴ GÓMEZ, Dayma y YORUANIS, Suárez. *La distinción entre el dolo civil y el delito de estafa en el derecho cubano*. Editorial Académica Española: Saarbrücken, 2012. p. 79

Además dicha postura significaría que la configuración típica de la estafa dependería del sujeto pasivo al cumplir la prestación. Nada se dice sobre la tentativa del delito de estafa, que equivaldría al dolo civil, siguiendo este lineamiento. Tampoco toma en cuenta los casos en los que el perjuicio patrimonial ocurre con el negocio jurídico, ni la postura que supone que el nacimiento de una obligación ya es perjudicial para la persona. Por lo tanto, este criterio limítrofe resulta, insuficiente.

4.2.5. Delimitación en base a la tipicidad del delito de estafa.

Ante la debilidad y/o insuficiencia de las posturas limítrofes expuestas, la doctrina y la jurisprudencia más moderna exponen que es en el campo de la tipicidad del delito de estafa, donde se deslinda entre una y otra situación, obviando distinguir grados del dolo o distinta antijuridicidad.

Así, Zamora Pierce señala que “[] ni la antijuridicidad ni la culpabilidad pueden permitirnos marcar fronteras ni diferencias entre los ilícitos civiles y los penales. Únicamente en el campo de la tipicidad podemos deslindar lo penal”.²⁸⁵ López y Porte, coinciden con la postura de dicho autor. Donna al parecer coincide con esta postura y nos dice: “[s]e trata de un problema de tipicidad, pues en cada caso habrá que preguntarse si se cumplen o no los elementos que el tipo delictivo exige para la concurrencia de una responsabilidad criminal [...]”.²⁸⁶

Dentro de nuestra jurisprudencia, este criterio ha sido utilizado. Así, en un fallo se expone este razonamiento:

Es así que la doctrina moderna ha solventado el tema analizando cada caso concreto y teniendo a la tipicidad como línea divisoria entre los dos ilícitos. Encontramos entonces que se actúa con dolo penal cuando en la acción del agente se encuentran todos los elementos típicos que configuran a la estafa, aquella circunstancia nos permite distinguir entre la estafa y una mera ilicitud de carácter civil.²⁸⁷

La misma tesis se sostiene en el Tribunal Supremo español:

En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuridicidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero

²⁸⁵ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El fraude*. Óp. cit.p.125

²⁸⁶ DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Óp. cit.p.307

²⁸⁷ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Juicio No. 0625-2012. Sentencia de 6 de agosto de 2013.

no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira.²⁸⁸

En otras palabras, los juzgadores han adoptado esta postura en la que se limitan a analizar la concurrencia de los elementos del tipo penal, salvaguardando que la intervención penal sea mínima conforme a los principios que guían a esta rama del Derecho.

En palabras de Dopico, la consecuencia de esta postura es que “[...] si se dan los requisitos típicos de la estafa, se aplicará el tipo penal, y de no ser así, severá si se dan los requisitos del dolo vicio”.²⁸⁹ Añade que la fundamental premisa de esta tesis es la siguiente: “[...] los ámbitos del dolo civil y la estafa no coinciden punto por punto [...]”.²⁹⁰ Finalmente, dicho autor se adhiere a dicha postura y hace énfasis en la necesidad de no dejar así esa respuesta, sino de revisar a partir de la tipicidad penal sus diferencias con el dolo vicio.²⁹¹ A continuación se realizará un análisis de los elementos típicos de la estafa, objetivos y subjetivos, en los que se puede encontrar un deslinde en relación con la figura del dolo civil.

4.2.5.1. Tipicidad objetiva.

Conforme se estableció en páginas precedentes el engaño causante del dolo vicio y el engaño de la estafa revisten características muy similares. Los debates en torno al silencio, la omisión, la idoneidad y la mentira, se resuelven de manera similar para uno y otro. La explicación de esto es, pues, que en todo caso el resultado debe ser el mismo: el error.

Es el error lo que motiva a una persona a realizar el acto. En el caso penal, este consiste en que el sujeto pasivo realice un acto perjudicial para su patrimonio o el de un tercero. En el civil, el error es lo que motiva a la persona a la realización del negocio. Refiriéndonos a “estafas contractuales” o negociales, este acto consiste necesariamente en un negocio jurídico que tenga una repercusión negativa en su patrimonio o el acto de

²⁸⁸ Tribunal Supremo (España). Sala Segunda de lo Penal. Sentencia nº 1169/2006.20 de Noviembre de 2006

²⁸⁹ DOPICO, Jacobo. “Estafa y Dolo Civil: Criterios para Su Delimitación”. Óp. cit. p. 18

²⁹⁰ *Ibíd.*

²⁹¹ *Id.* p. 19

ejecución del mismo.²⁹² Se ha pretendido distinguir del dolo civil a la estafa a partir del concepto del perjuicio patrimonial.

Conforme se estableció en el capítulo segundo, relativo a la estafa, el bien jurídico protegido es el patrimonio desde una perspectiva jurídico-económica. En relación con las estafas contractuales en las que se recibe una contraprestación, se pueden dos teorías con respecto al perjuicio patrimonial. En base a la primera, por más de que sea económicamente equivalente al valor de la prestación del sujeto pasivo, puede constituir perjuicio patrimonial, por afectar el destino económico que el propietario le pudo haber dado.²⁹³ Para la otra posición, se debe estar ante el valor económico de las prestaciones de forma exclusiva. En base a esta última se podría sugerir lo siguiente:

Dentro de un contrato conmutativo, para el Derecho Civil, las obligaciones que se deben recíprocamente entre las partes se miran como equivalentes.²⁹⁴ Sin embargo, al analizar el perjuicio patrimonial en el delito de estafa, debiera prescindirse de esta regla. Para Zamora-Pierce, este es un punto crucial para distinguir los fraudes contractuales del dolo civil; así, afirma lo siguiente:

Sólo cuando exista un desequilibrio económico entre la prestación y la contraprestación podrá afirmarse, además del ataque a la buena fe contractual, la lesión del patrimonio ajeno y, entonces, supuestos el resto de los elementos típicos, el delito de fraude.²⁹⁵

Aclara más adelante que, además de esta hipótesis, existiría estafa en el caso de dolo de incumplimiento inicial.²⁹⁶ En otras palabras, para este autor es el perjuicio patrimonial, traducido en un desequilibrio económico contractual, lo que deslinda a la estafa del vicio del consentimiento dolo.²⁹⁷

²⁹² Me refiero al pago de la obligación. Dependiendo la tesis que se escoja, bastaría obligarse para que se pueda hablar de un perjuicio o, en cambio, se requeriría el cumplimiento de dicha obligación para que se configure el perjuicio.

²⁹³ La premisa para esto radica en que se despoja al propietario de la posibilidad de darle la finalidad económica deseada a su patrimonio.

²⁹⁴ Código Civil. Artículo 1457.

²⁹⁵ ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El fraude*. Óp. cit. p.131

²⁹⁶ *Ibíd.*

²⁹⁷ Añade además, que la consecución del lucro indebido es un límite: “la deferencia entre ambas figuras a estudio la señala el tipo penal al afirmar que el activo debe hacer ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido, requisito que no encuentra equivalencia en la legislación civil. El fraude, pues, es un delito destinado a proteger el patrimonio ajeno, en tanto que el Código Civil, al configurar el dolo como vicio del consentimiento, pretende asegurar y garantizar la libre manifestación de la voluntad en la formación de los

En cualquier caso a esta tesis debe, obligatoriamente, hacerse la siguiente observación: este criterio podría aplicarse solamente para aquellos casos en los que hay un contrato conmutativo. Dicho examen no podría realizarse para aquellos casos en que surgen obligaciones para una sola parte, como la donación o los contratos reales (mutuo y comodato); tampoco para los casos en los que el medio o fin del contrato sea uno aleatorio. Nada obsta para que la figura contractual utilizada por el delincuente revista estas características.

Otro punto, dentro del cual se ha dicho que existe una distinción en relación con la tipicidad es con la ajenidad de la cosa, en términos dogmáticos, al objeto material sobre el que recae la conducta. Así, Maggiore sostiene que ante la falta de ajenidad del bien estaríamos frente a un ilícito civil y explica: “No es concebible la estafa del propietario, como tampoco lo es el hurto del propietario sobre una cosa propia. En efecto, la estafa es un atentado contra la propiedad ajena, aunque se realice con medios distintos del hurto”.²⁹⁸ Dicha postura, sin embargo, no es coherente con la protección al bien jurídico.

Conforme se revisó, el bien jurídico protegido no es la propiedad en sentido estricto, sino el patrimonio. Restringir la protección a la propiedad en sentido estricto permitiría la apropiación fraudulenta del patrimonio ajeno. Por ejemplo, la apropiación mediante engaño por parte del nudo propietario de la cosa en poder del usufructuario afectaría de forma ilegítima el patrimonio de este último. Siguiendo la postura de este autor, no habría delito por falta de lesión al bien jurídico protegido, en todos los supuestos en los que el sujeto activo sea el propietario.

En muchos casos la propiedad no equivale a patrimonio. En general, cuando el sujeto pasivo tenga jurídicamente todo el derecho de tener o poseer una cosa y esta tenencia/posesión económicamente le beneficie, el despojo de la cosa significaría un desmedro del bien jurídico protegido.

En todo caso, debe concluirse que solamente la estafa requiere perjuicio patrimonial. Ante la falta de este elemento, no hay delito. El dolo civil, por otra parte, no requiere que éste se produzca para ser suficiente anular el contrato. La propuesta en base al

contratos”. La consecución efectiva del lucro, no forma parte del delito, por lo que revisaremos al lucro indebido en el siguiente punto. ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El fraude*. Óp. cit.p. 130

²⁹⁸MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal: Parte especial*. Volumen V. Temis: Bogotá, 2000. p. 131

desequilibrio económico de las prestaciones del contrato puede ser viable, dependiendo la tesis utilizada, en aquellos fraudes que involucren contratos conmutativos. En todo caso, en el juicio penal deberá demostrarse la existencia del perjuicio, mientras que en el civil podrá prescindirse de esta prueba, al menos de que se pretenda una indemnización.

4.2.5.3. *Tipicidad subjetiva.*

Hemos dicho que el delito de estafa es un delito esencialmente doloso y que dicho dolo es directo, es decir, persigue el perjuicio. El elemento subjetivo además se compone por un ánimo de lucro indebido.²⁹⁹ Partiendo de esta suposición, se puede llegar a conclusiones importantes en lo que respecta con nuestro problema.

Empezando por las descripciones legales del dolo, la tarea de delimitación parecería inútil. Tanto la estafa como el dolo, presuponen cierta intencionalidad de resultado o contenido psíquico del sujeto activo o de quien emplea el dolo. El Código Civil define al dolo de la siguiente manera: “[...] la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.³⁰⁰ Mientras que al dolo el COIP lo define como “[...] el designio de causar daño”.³⁰¹

En ambos casos el dolo implica una intención dañina y parecería que estamos hablando de un mismo concepto. En principio, podría decirse que lo fue. Para Carbonell, dentro de la relación entre estas dos ramas del Derecho:

[...] deben destacarse conceptos procedentes del Derecho civil que sí han sido recibidos, también con matices, en el ámbito penal: los conceptos de dolo y culpa, por ejemplo, tienen origen civil y no siempre es fácil diferenciarlos. En Derecho penal adquiere, sin embargo, un carácter marcadamente subjetivo.³⁰²

Sea cual fuere el origen del dolo, la especialidad de cada rama requiere una adaptación de los elementos subjetivos a sus necesidades.

²⁹⁹ Este delito sería de los llamados “delitos de intención y tendencia”, pues por el ánimo de lucro, que no requiere su efectiva consecución, hace que el contenido subjetivo del tipo exceda la dimensión del tipo objetivo. Se contraponen a estos tipos de delitos aquellos en los que el tipo subjetivo y el objetivo tienen las mismas dimensiones, también llamados simétricos, y aquellos en los que la tipicidad objetiva sobrepasa a la subjetiva, como en los de resultado o preterintencionales. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit. p. 297

³⁰⁰ Código Civil. Artículo 29. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005

³⁰¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 26. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

³⁰² CARBONELL, Juan. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Óp. cit. p. 88

La tipicidad como indicador de la antijuridicidad penal es la que determina la particularidad del dolo penal. Como consecuencia, el dolo penal es un dolo típico, en palabras de Zaffaroni, “[d]olo es la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto”.³⁰³ De esta manera, por ser un tipo penal que requiere daño al bien jurídico, el dolo penal en el delito de estafa está dirigido a causar un perjuicio patrimonial.

Este requisito no encuentra semejante dentro de la estructura del dolo vicio. Conforme se estableció, perseguir distorsionar la representación de la realidad de una persona, es en sí un fin dañoso inmediato, sea cual fuere el fin mediato que persiga el autor del dolo. En otras palabras el dolo se traduce en el engaño destinado a generar error y concertar un negocio jurídico, sin importar el motivo psicológico que lleva a quien emplea el dolo a hacerlo.

Para Dopico, es el dolo de perjuicio patrimonial de la tipicidad de la estafa, la que lo distingue del dolo civil:

La responsabilidad penal por estafa exige dolo típico; y siendo la estafa un delito de resultado lesivo, este dolo debe abarcar el perjuicio patrimonial. Si alguien engaña a otro para contratar con él, pero sin que su dolo abarque la posibilidad de perjuicio patrimonial para éste, cabrá hablar de dolo civil, pero no de estafa.³⁰⁴

El mismo autor, argumenta a favor de su tesis partiendo de un ejemplo bastante ilustrativo. Una persona tiene en mente un proyecto empresarial que supone bastante rentable; entones, acude a una entidad bancaria que no financiaría normalmente su operación y engaña a ésta para obtener el crédito.³⁰⁵

Supongamos que esta persona fracasa en su proyecto empresarial y no puede satisfacer el pago. Existiendo perjuicio y ánimo de lucro, no podríamos hablar de estafa, puesto que el dolo de perjuicio patrimonial que requiere el tipo no está presente. Por otra parte, sí se configuran los elementos del vicio del consentimiento. Dicho dolo podría incluso obviarse por parte de la entidad crediticia y demandarse solamente el cumplimiento del contrato.

³⁰³ ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Óp. cit. p. 297

³⁰⁴ DOPICO, Jacobo. “Estafa y Dolo Civil: Criterios para Su Delimitación” Óp. cit. p. 21

³⁰⁵ Id. p. 23

Este criterio ha sido recogido en reiterados fallos por el órgano de casación. En sus fallos se devela la necesaria concurrencia del dolo típico al que hacemos alusión y, además, se habla del dolo de perjuicio patrimonial como una cuestión trascendental para que constituya un ilícito penal. Así, en un fallo se explica al dolo directo como un dolo típico de esta manera: “[...] es aquel en que la realización típica llevada a cabo es justamente la perseguida por el autor, por ejemplo, Juan quiere matar a Pedro y le dispara acertándole en el corazón”.³⁰⁶ Concretamente sobre el límite con el Derecho Civil se ha pronunciado de la siguiente forma: “[...] tratándose del delito de estafa es condición sine qua non la existencia del dolo directo de perjudicar [...] lo cual no ocurre en la especie porque los hechos motivo del proceso son de naturaleza estrictamente civil, [...]”.³⁰⁷³⁰⁸

Algo similar puede decirse en relación con el ánimo de lucro. Habíamos visto en el capítulo segundo las particularidades de este elemento. Primero, requiere el ánimo y no la consecución efectiva del lucro. Y, segundo, el lucro que persigue es un lucro indebido o ilícito, en contraposición a aquel al que sí tendría derecho o cree tener el sujeto activo.³⁰⁹ En el análisis de este elemento pueden acontecer hipótesis en las que solamente le sea imputable el dolo vicio.

Así, una persona puede dolosamente engañar a otra para suscribir un contrato sin ánimo de lucro alguno. Por ejemplo: sujeto “A” engaña a “B” para que trabaje para él. El objeto único de su acción es que “B” pierda una oportunidad de trabajo. Una vez que “B” pierde la oportunidad, “A”, todavía en término de prueba, lo despide. “A” perpetró el dolo sin ánimo de lucro alguno. El consentimiento de “B” al aceptar el contrato de trabajo estuvo viciado por dolo, puesto que éste fue determinante en la concertación del negocio. A través de ejemplos de esta naturaleza, aunque improbables pero posibles, se devela que el dolo civil no requiere ánimo de lucro, aunque tampoco lo excluye.

³⁰⁶ Corte Nacional de Justicia. Causa no. 36-2010. Registro Oficial Suplemento 366 de 20 de noviembre de 2012.

³⁰⁷ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. *Jorge Humberto Oliva Suárez vs. Edgar Eduardo Ontaneda Pardo*. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. p. 5116

³⁰⁸ Fallos similares: vid. Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. No. 1278-2009. Registro Oficial Suplemento 426 de 10 de abril de 2013. Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Juicio No. 388 02. , Registro Oficial 421 de 15 de Septiembre de 2004.

³⁰⁹ No debe confundirse esto con la postura que señala que no existe estafa del propietario. Pueden darse casos que quien perpetra el engaño tenga o crea tener derecho con relación la tenencia material de un determinado bien que se encuentre en manos de un tercero.

Aun existiendo ánimo de lucro, si este no fuera indebido, podría existir dolo civil y no estafa; pues, tampoco habría un ánimo de perjuicio patrimonial. El ejemplo es el siguiente: “A” se considera dueño de una cosa y es su poseedor. “B” también cree que la cosa le pertenece (pues acaba de perder una similar) y la toma. “A”, fraudulentamente obtiene el consentimiento para que “B” se la venda a un precio irrisorio y la entregue. En este caso, “A” no tenía ánimo de lucro indebido, incluso en el caso de que la cosa en realidad le hubiese pertenecido a “B”. Sin existir estafa existe un claro caso de vicio del consentimiento.

De esta forma, la tipicidad subjetiva del delito de estafa muestra sus particularidades frente al dolo vicio del consentimiento. Si bien la mayoría de casos de dolo vicio abarcaran ánimo de lucro indebido y dolo directo de perjuicio, pueden presentarse casos en los que carezca la intencionalidad del sujeto de estas características y, sin embargo, siga presentándose los elementos para que se configure el vicio del consentimiento.

4.2.6. Principios que operan como límites para la aplicación del delito de estafa.

La consecuencia de un delito normalmente acarrea la restricción de uno de los pilares fundamentales de la sociedad, la libertad ambulatoria. Por esta razón, nuestra carta magna impone un mandato a la Fiscalía y dice que esta “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”.³¹⁰ Estos dos principios, operan como un filtro importante para evitar la intervención penal en algunos casos. A continuación revisaremos su relevancia con el delito de estafa:

4.2.6.1 Principio de mínima intervención penal.

En relación con el principio de mínima intervención penal el COIP prevé el siguiente precepto: “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso,

³¹⁰Texto completo: “[l]a 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.” Constitución de la República del Ecuador. Artículo 195. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”.³¹¹ Así, se busca un Derecho Penal de *última ratio*. Es decir, se justifica la intervención de la justicia penal, particularmente el ejercicio de la acción por parte de la Fiscalía, en aquellos casos en los que no existe un mecanismo extrapenal “suficiente”. Consistiendo este último en un concepto jurídico indeterminado, cuya medición deberá hacerse caso a caso.

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 remedio suficiente.³¹² Para Carbonell, la vía civil es siempre de mejor utilización que la penal en cumplimiento de este principio.³¹³ Sin embargo, llegar al extremo de señalar que siempre que exista dolo civil debe preferirse esta vía, significaría que ninguna estafa contractual pueda ser punible y muchas de las más graves estafas revisten esta característica, pues el contrato contribuye a revestir al engaño de idoneidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con este principio, 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”.³¹⁴

De esta forma, ya en materia procesal, el ejercicio de la acción penal por estafa deberá sustentarse por un determinado grado de daño, es decir, deben marginarse 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. También deberá tomarse en cuenta, además del daño, el medio engañoso y el número de perjudicados, entre otras consideraciones.

³¹¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

³¹² CARBONELL, Juan. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Óp. cit. p. 204

³¹³ *Ibíd.*

³¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso KIMEL vs. Argentina*. Párrafo 77. Sentencia de 2 de mayo de 2008

4.2.6.2. Principio de oportunidad

De la mano de este principio, se encuentra el de oportunidad. El mismo prevé un grado de discrecionalidad reglada para el Fiscal y dispone que éste podrá abstenerse de investigar o cesar las investigaciones de un delito, siempre que la pena privativa de la libertad no exceda los 5 años y no comprometa gravemente al interés público ni a los intereses del estado.³¹⁵ Hasta la vigencia del COIP, podían los fiscales apoyarse en este principio para abstenerse de investigar un delito de estafa. Con la vigencia del nuevo código, en el caso de la estafa genérica³¹⁶, la pena privativa de la libertad mínima es de cinco años. Por lo tanto, no podría un fiscal detener una investigación en razón de este principio. Solamente para el caso previsto en el inciso último del art. 186 del COIP, esto es la emisión de entradas o boletos que exceda la capacidad de un lugar para un espectáculo, podría un Fiscal abstenerse en base a este principio.

4.3. Toma de postura

Anteriormente revisamos las principales posturas limítrofes en relación con las figuras examinadas. En mi criterio la más precisa y pragmática para abordar el tema de discusión, es aquella en la que se debe atender a los elementos típicos de la estafa para saber cuándo estamos frente a la existencia de este delito. Mis razones expongo a continuación:

Primeramente, revisamos que existen casos en los que puede haber estafa sin dolo vicio, y dolo vicio sin estafa. Es decir, no estamos ante figuras legales típicamente idénticas. La prueba más grande de aquello es que el negocio jurídico, elemento fundamental para hablar de un vicio del consentimiento, no forma parte de la tipicidad de la estafa. Su concurrencia como medio o fin de la estafa es posible, más no necesaria.

En relación con los criterios que hablan de una antijuridicidad civil y una penal, en relación con la gravedad o peligrosidad de la conducta, en mi opinión, carece de sustento. Una conducta humana, puede o no acarrear consecuencias jurídicas. Esta conducta puede o no ser lícita y, por tanto, acarrear consecuencias negativas para la persona. Similar a lo que

³¹⁵ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 412. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

³¹⁶ Refiriéndome con esto inciso primero del art. 186 del COIP. En contraposición con las estafas calificadas descritas posteriormente en el mismo artículo.

sostiene Jiménez de Asúa, cualquier conducta que atente al ordenamiento jurídico puede ser considerada como antijurídica en un sentido amplio.

Sin embargo, el único indicio de la antijuridicidad penal es la tipicidad, entendiéndose que la lesión o peligro del bien jurídico incorporada en esta. La conducta típica es antijurídica cuando no existe causal de justificación alguna. Señalar límites generales entre el ilícito penal y el civil a partir de conceptos como daño social, el derecho (objetivo o subjetivo) que atentan, los bienes jurídicos protegidos por uno y otro, resulta inoficioso toda vez que es el legislador quien adopta una determinada postura y tipifica una conducta. La llamada antijuridicidad material, si no está concretada en el tipo penal, quedaría nada más para la deontología jurídica o el deber ser del Derecho. Por estas razones, la mayoría de estas posturas han sido descartadas y refutadas.

Por otra parte, existieron posturas como las de Carrara que presenciaban la existencia de diversos grados del dolo (entendido como engaño). Técnicamente esta postura es incorrecta. Desde la época del Derecho romano hasta la actual, el concepto de dolo penal ha evolucionado adoptándose a las necesidades de esta ciencia. En relación con la doctrina de la puesta en escena, esta pudo ser válida a la luz de la legislación y jurisprudencia francesa de determinado momento. Pero la puesta en escena es prescindible tanto en el ámbito civil como lo es en el penal, por lo que debe descartarse esta posición.

Ante esta circunstancia, también se sostiene criterios según los cuales entre la estafa y el dolo vicio existe una relación de género y especie. Conforme se estableció anteriormente, puede concurrir la una sin la otra. Por lo tanto, tal tesis, por más tentadora que resulte debido a las inminentes similitudes, debe abandonarse, puesto que son dos figuras típicamente distintas cuya concurrencia no se presentará en todos los casos. Exigir a los órganos judiciales penales verificar la concurrencia de los elementos de la figura civil, y viceversa, genera problemas en relación con la especialidad que tienen unos y otros jueces.

Finalmente, se presenta la teoría de que los jueces y tribunales penales, deberán abordar esta problemática frente a la tipicidad. Es dentro de ésta que se devela la existencia de una conducta que puede catalogarse como estafa. Siempre que se presenten los elementos típicos podremos estar frente al delito, concurra o no el dolo vicio.

Correlativamente, exista o no estafa, el dolo puede seguir viciando el consentimiento de un negocio jurídico.

Ya dentro del campo de la tipicidad podemos encontrar determinadas características particulares de la estafa que no se requieren en el dolo civil. Así, el perjuicio patrimonial puede o no probarse en esta última, mientras que para la estafa es necesario siempre. Dentro del tipo subjetivo, el dolo de perjuicio patrimonial y el ánimo de lucro son elementos en los que sobresale el tipo de estafa.

De esta manera, el método en que se debería proceder frente a estos casos sería el siguiente. Primero, revisar si es que el acto reúne todos los elementos del delito penal. Y, segundo, considerar si es que sobrepasa el umbral de gravedad mínimo para que se justifique la intervención penal. En estos casos, podrá proceder una acción penal por estafa.

La acción rescisoria por dolo concurrirá en todos los casos en que exista un negocio jurídico en el que una de las partes haya sido víctima del dolo de su contraparte y que este dolo haya sido el determinante para la concertación del negocio. Es decir, no importa otro límite que los presupuestos legales del dolo. En este sentido, puede resultar en muchos casos preferible para la víctima acudir a esta vía para no depender de la discrecionalidad de la Fiscalía.

4.4 Concurrencia del dolo y la estafa: consecuencias

En concordancia con lo expuesto, una misma conducta podría abarcar el dolo vicio y el delito de estafa. Esta hipótesis sucedería cuando dicha conducta abarque los elementos requeridos por los preceptos jurídicos que regulan ambas figuras. En relación con esta situación podría sugerirse dos soluciones: son excluyentes o no lo son. La primera implicaría que cuando exista el delito, ya no cabría hablar de la existencia del vicio del consentimiento dolo. Es decir, una especie de derogación parcial tácita de los efectos de dicha norma.

En relación con la primera postura, Zamora-Pierce dice

Si admitimos, entonces, que el legislador está en libertad de dar normas para una determinada conducta, y de sancionarla, a su arbitrio, en uno u otro campo, o en ambos a la vez, estaremos en la imposibilidad de determinar cuáles puedan ser las “deudas de carácter

puramente civil” a las que se refiere el artículo 17 de la Constitución [refiriéndose a la prohibición constitucional de la prisión por deudas].³¹⁷

Esta noción, sin embargo, no es correcta. La ilicitud del dolo civil, en sentido amplio, genera la obligación de reparar una situación, es decir, parte de una conducta civilmente ilícita.³¹⁸ No estamos frente a una hipótesis de prisión por deudas.

Lo antedicho puede aclararse a partir de un ejemplo. Suponiendo que el delito de lesiones no estuviese tipificado por la legislación penal, de todas formas constituiría un ilícito civil y generaría el correspondiente deber de indemnizar. El legislador, posteriormente, al tipificar el delito, no estaría creando un caso de prisión por deudas, nada más estaría tipificando una conducta dañosa. Existiría prisión por deudas si la acción típica consistiría en no pagar determinada obligación contractual, por ejemplo. Son dos hipótesis marcadamente distintas. El dolo de incumplimiento posterior³¹⁹ no puede ser catalogado como delito *per se*. Ese es el límite impuesto por el constituyente al legislador. De lo contrario, no podría tipificarse como delito ninguna conducta dañosa por generar la obligación de indemnizar.

Admitir la no exclusión de las figuras, involucraría que un mismo acto, la estafa contractual, puede generar dos situaciones distintas, una penal y una civil. Es menester citar a nuestra carta magna en lo que respecta con esto; en la misma se dispone: “[n]adie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”.³²⁰ Precepto que recoge el principio de *non bis in idem*.³²¹

En otras palabras, este límite procesal opera ante la presencia de tres elementos necesarios: identidad de persona, identidad de causa e identidad de materia. En el caso del fraude contractual, existe claramente identidad de causa, como hecho generador en relación con el engaño en el caso de que coexistiese una acción civil y una penal (por su puesto, cuando se reúnan el resto de características). Lo que evidentemente falta es

³¹⁷ZAMORA-PIERCE, Jesús. *El fraude*. Óp. cit.p.125-126

³¹⁸ En el dolo vicio específicamente, genera el derecho de exigir la anulación del contrato y la indemnización de perjuicios

³¹⁹ En contraposición al dolo de incumplimiento inicial que si puede generar un ilícito.

³²⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³²¹ Se discute sobre su autonomía en relación con la cosa juzgada. Los orígenes de dicho principio pueden tener origen civil, sin embargo, trascendió en el ámbito del Derecho Procesal Penal. Cfr. ECHEVERRÍA, Hugo. “EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM: Análisis de un caso de procesamiento penal ambiental precedido por sanción administrativa”. *Novedades Jurídicas*, número 44, Abril 2010.

identidad de materia. Por lo tanto, no existe ningún límite constitucional para que se maneje el mismo hecho por caminos separados.

Esta aseveración ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia. La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en un caso en el que por un mismo hecho se inicia una acción penal, una civil y una administrativa, ha dicho lo siguiente:

De lo analizado en los puntos anteriores, se desprende que no existe violación del principio *non bis in idem*, consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, ya que si bien se han seguido tres procedimientos, estos son en diferentes materias, independientes cada uno de ellos, que tiene propósitos diferentes, y a pesar de que existe identidad subjetiva y objetiva, de las propias normas aplicables a cada caso aparece que las pretensiones son diferentes en cada procedimiento, pero complementarias entre sí, ya que si en el procedimiento seguido ante el Comisario Municipal se alcanzó la restitución de la pared, en el juicio de obra nueva, según el artículo 686 del Código de Procedimiento Civil, se busca la suspensión de la obra y la restitución. Y en el juicio penal, dada la afectación a la sociedad, en los casos de acción penal pública, conforme el artículo 415 A del Código Penal, lo que se pretende es alcanzar la sanción correspondiente a quien ha delinquido, a más de las indemnizaciones, reconstrucción, restauración o restitución, y en fin, al objetivo actual del derecho penal, que es el de la reparación integral.³²²

Esto último es lógico puesto que el vicio del consentimiento *dolo* busca proteger la declaración de voluntad, mientras que la estafa protege al patrimonio. Así, se justifica la existencia de dos consecuencias abismalmente distintas: la anulación del contrato y la pena privativa de la libertad. Carbonell, respecto a la coexistencia de la responsabilidad civil y la penal, ha manifestado

[...] la función de la responsabilidad civil es completamente distinta de la sancionatoria; de ahí que no exista vulneración alguna del principio *non bis in idem* por la acumulación de la responsabilidad penal y civil [...]. La sanción civil y la penal tienen fundamento distinto [...]: de ahí que la acumulación de consecuencias civiles y penales sea perfectamente legítima [...]³²³

No por existir delito, deja de existir un contrato y deja este de encontrarse con la voluntad viciada.

Tampoco existe prejudicialidad, puesto que tanto la una como la otra situación, requieren una carga probatoria distinta. Para la anulación del contrato no es necesario demostrar la tipicidad de la estafa, como tampoco en un juicio de estafa debe demostrarse la existencia de un contrato. Específicamente en materia procesal penal, el COIP requiere

³²² Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Resolución 454-2013. 25 de abril de 2013

³²³ CARBONELL, Juan. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Óp. cit. p. 204

que la prejudicialidad se encuentre específicamente determinada por la ley,³²⁴ cosa que no ocurre.

Establecer una prejudicialidad civil a la penal, supondría subordinar el derecho de acción de la Fiscalía General del Estado, por tratarse de un delito de acción pública, a la voluntad particular de la víctima del dolo. Además, supondría la imposibilidad de juzgar aquellos casos que no involucren temas contractuales.

Una prejudicialidad inversa, es decir, de lo penal a lo civil, no prestaría menos problemas. Requeriría la demostración de elementos que sobrepasan los requerimientos para que opere el vicio del consentimiento para poder anular el contrato, el dolo típico de la estafa, por ejemplo. Quedando de esta forma en vigencia los contratos suscritos por dolo que, sin embargo, no tengan relevancia penal como delito de estafa.

La coexistencia de ambas acciones podría tener consecuencias problemáticas. Las mismas se reducen a dos: una doble indemnización y sentencias contradictorias. En relación con el primero, sucedería que tanto el órgano penal como el civil le concedan una reparación por los mismos hechos. La segunda, podría suceder en el caso de que el órgano civil y el órgano penal se pronuncien de manera distinta en relación con elementos comunes como el error.

En relación con la doble indemnización, deberán considerarse algunas hipótesis. Si alguna de las dos jurisdicciones ya se ha pronunciado en relación con la indemnización o la reparación integral, la otra deberá tomar en cuenta este pronunciamiento para evitar una doble indemnización. Por el contrario, si esta esta sucede al mismo momento, el reo podría intentar una acción en contra de la víctima para recuperar lo que hubiese pagado de forma injustificada.

Las decisiones contradictorias, no son un riesgo exclusivo de la relación entre la estafa y el dolo civil. El principio de *non bis in ídem* previsto en nuestra constitución, permite que un mismo hecho genere tanto responsabilidad penal como administrativa. En ambos casos, los juzgadores deberán fallar en base a la verdad procesal y las reglas del

³²⁴ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 414. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

procedimiento. Existiendo tipos penales y administrativos similares, el riesgo es exactamente el mismo: dos decisiones contradictorias.

Este riesgo sin embargo debe ser tolerado, pues pueden existir decisiones contradictorias en relación con los mismos hechos en distintas materias. Esto se debe a las particularidades del derecho procesal penal. Me refiero particularmente al principio de *in dubio pro reo*, según el cual toda duda razonable en torno al cometimiento de una infracción deberá ser resuelta en favor del acusado.³²⁵ Pues este genera una carga probatoria mayor a la existente en otras áreas del Derecho. En cambio, en materia civil la duda no deberá favorecer necesariamente a una de las partes procesales, por lo que requiere una prueba menos rigurosa.

Sin embargo de lo advertido, en la mayoría de los casos no concurrirían ambas acciones. En otras palabras, si bien el ordenamiento jurídico no excluye la existencia de ambas acciones, la práctica lo puede hacer. La existencia de una acción civil, constituiría la perfecta causal para que un fiscal se abstenga de iniciar la causa en razón del principio de mínima intervención penal. Aduciría en este caso, que ante la utilización de una vía extrapenal, su intervención no sería necesaria y, en base al principio de mínima intervención, se abstendría de seguir con la causa.

Debido al objeto de una y otra acción, no deberían los órganos de persecución y juzgamiento actuar de esta manera. De acuerdo a la jurisprudencia citada anteriormente y a nuestra Constitución, puede coexistir una acción penal y una civil que versen sobre los mismos hechos.

³²⁵ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 5, numeral 5. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

5. CONCLUSIONES

En la introducción de la presente tesis se planteó la dificultad existente en delimitar al campo de aplicación del Derecho Civil y el Penal, en relación con el vicio del consentimiento dolo y el delito de estafa. Posteriormente, revisamos la historia de dichas figuras. En este capítulo se hizo notar la similitud en el origen de ambas figuras y su posterior desarrollo, que fue prácticamente paralelo. Ante esto, se pudo concluir en su momento que no existía claridad alguna con respecto a la diferenciación y se advirtió de la dificultad que posteriormente esto causaría.

Así, en los capítulos siguientes revisamos a profundidad al dolo vicio y a la estafa. Analizamos sus elementos, las principales discusiones que se dan respecto de estos, las consecuencias jurídicas y procesales de su ocurrencia. Estos capítulos nos permitieron entender a profundidad dichas figuras. Sus elementos son bastante similares. Mientras que sus consecuencias y vías procesales, distintas.

Ante esta posición a la que nos enfrentamos, se han esgrimido distintos criterios tratando de diferenciar a una situación de otra. Así, vimos que existen posturas que hablan de una antijuridicidad civil y de otra penal. Otros, buscan distintos grados del dolo, entendido a este como el engaño. Tampoco faltaron aquellos que afirman la existencia de una relación de género y especie, en la que la existencia del uno dependerá de la concurrencia del otro. Todas aquellas deben ser descartas por la ambigüedad y falta de precisión de las mismas. Particularmente, en aquellas que encuentran una relación de género y especie debe observarse que puede concurrir cualquiera de las dos figuras sin que medie la otra.

Por último, vimos que las posturas más modernas se basan en un criterio de estricta tipicidad penal., como medio para determinar la concurrencia del delito, para aquellos casos en los que se utilizan figuras negociales para la estafa. Dentro de esta área encontramos distinciones con relación a dos elementos del tipo penal. El primero de ellos es el perjuicio patrimonial que no es un requisito que debe demostrarse para la existencia del dolo vicio, más sí lo es para el delito de estafa. Sin embargo, dicha distinción resulta

vaga, ya que siguiendo ciertas líneas doctrinarias, toda obligación proveniente del engaño constituiría un perjuicio patrimonial per se.³²⁶

El elemento que verdaderamente destaca al delito de estafa frente al dolo civil se encuentra en su tipicidad subjetiva. El delito de estafa 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 pudo 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.

También se revisó el problema de una doble indemnización. Me refiero a aquellos casos en los que además de haber sido condenados a cumplir la pena por el delito de estafa y a reparar integralmente el daño, se le condene al reo al cumplimiento del contrato o a pagar una indemnización por concepto del dolo. Esto, sin embargo, conforme se revisó, podría solucionarse.

Ante esta situación me permito realizar ciertas sugerencias. Primeramente, los abogados defensores de las víctimas, en caso de encontrarse asistido por ambas acciones,

³²⁶ Considerando que el nacimiento de la obligación ya constituye un perjuicio, y, además, que no se requiere desequilibrio en las prestaciones para que exista perjuicio.

deberían intentar las dos. Pues, la vía penal exige una carga probatoria mayor y operan limitantes como el principio de mínima intervención penal. Existe el riesgo de que existiendo el vicio del consentimiento dolo, no se haya intentado esta acción por elegir únicamente la vía penal y habiendo el fiscal o juez desestimado la misma, haya transcurrido el plazo de prescripción. Quedaría en este caso en indefensión el afectado por no tener una vía para reparar su derecho ilegítimamente afectado.

Por parte de los jueces y fiscales, estos deberán tomar en cuenta a la tipicidad y los principios del Derecho Penal para determinar la existencia del delito de estafa y la procedencia de su acción, antes que la existencia de elementos del Derecho Civil como excluyentes de la punibilidad de un acto. Pues, este tipo de decisiones tienden a generar que la víctima abandone la posibilidad de la acción civil que pueda ser necesaria para restaurar su patrimonio y para anular un contrato cuya validez le perjudique. Teniendo la víctima que elegir entre una y otra vía procesal, naturalmente acudirá a la vía penal por tener ésta consecuencias más graves para la otra persona y conduciría a la máxima utilización de esta vía.

Si las autoridades penales admiten la coexistencia de la vía civil y la vía penal, podrían dedicarse a perseguir únicamente aquellos casos en que sea la vía penal realmente necesaria sin cargar con la misma presión de denunciantes y acusadores que, en todo caso, podrán recibir una indemnización y restaurar su situación por medio de la vía civil que conforme se devela de la falta de jurisprudencia, ha sido abandonada en estos casos.

Siguiendo esta línea, sería importante legislar sobre estos supuestos en los que coexista una acción penal y una civil. En esta normativa deberá puntualizarse dos temas. Primeramente, debería expresarse que es plenamente válida la coexistencia de estas acciones. Es decir, que la procedencia de una acción no enerva la existencia de la otra. En segundo lugar, debería normarse que existiendo una resolución que ordene la reparación del derecho afectado, el otro juez deberá abstenerse de una doble indemnización. De esta manera, se eliminarían los problemas antes planteados.

REFERENCIAS

1. DOCTRINA

- ALBÁN, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Tomo II. Parte Especial. Ediciones Legales: Quito, 2011.
- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio. *Derecho civil: Parte Preliminar y Parte General*. Ediar: Santiago, 1991.
- AMOS. “La profecía de Amos”. TORRES Félix (trad.) *La Sagrada Biblia*. Sopena Argentina: Buenos Aires, 1950.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Depalma: Buenos Aires. 1986.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil: Parte General*. Tomo II. Perrot: Buenos Aires, 1980.
- BUOMPADRE, Jorge y CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte Especial I*. Astrea: Buenos Aires, 2007.
- CARBONELL, Juan. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1999.
- CARRANZA Jorge. *Código de Napoleón. Reseña histórica y estructura*. En [http://www.notaria36df.com.mx /site/images/stories/articulos/codigo.pdf](http://www.notaria36df.com.mx/site/images/stories/articulos/codigo.pdf). (Acceso: 20/02/2014)
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Temis: Bogotá, 2008.
- CLARO SOLAR, Luis. *Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo Undécimo: De las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile: Santiago, 1988.
- COELLO, Hernán. *Teoría del Negocio Jurídico*. Universidad del Azuay: Cuenca, 2006.
- COMPAGNUCCI, Rubén. *El Negocio Jurídico*. Astrea: Buenos Aires, 1992.
- DI PIETRO, Alfredo. Nota 126. En GAYO. *Institutas*. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1997.
- Diccionario de la Real Academia Española*. “Dolo”. <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=48VL7N2msDXX2GDdG8mT> (Acceso: 09/02/2014)
- Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*. “Dolo Civil”. Tomo IV. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2006.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II-B. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2001.

- DOPICO, Jacobo. “Estafa y Dolo Civil: Criterios para Su Delimitación”. *Dereito*. Vol. 21, n°1. (2012).
- ECHEVERRÍA, Hugo. “EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM: Análisis de un caso de procesamiento penal ambiental precedido por sanción administrativa”. *Novedades Jurídicas*, número 44, Abril 2010.
- ETKIN, Alberto. *La Estafa por Venta de Cosa Ajena*. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1962.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI: Parte Especial. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 1995.
- GABALDÓN, Luis. “El fraude y las nuevas tecnologías en la era informática”. *Caderno CRH*, Salvador v.19 n.47. (2006). En http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/220810/dp-fraude_electronico.pdf (acceso 09/02/2014)
- GOMÁ, José. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*. Tomo II: Obligaciones y contratos. Bosch: Barcelona, 2010.
- GÓMEZ, Dayma y YORUANIS, Suñez. *La distinción entre el dolo civil y el delito de estafa en el derecho cubano*. Editorial Académica Española: Saarbrücken, 2012.
- GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. *Estafa y Dolo Civil: Criterios para su Delimitación*. *Dereito* Vol. 21, n°1. (2012).
- JANET, Paul. *Historia de las Ciencias Políticas en sus relaciones con la moral*. Tomo I. Daniel Jorro: Madrid, 1910. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/612/4.pdf>. (Acceso: 10/03/2014)
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Losada: Buenos Aires, 1958. P. 964- 965
- Diario La Hora. *Detienen a Directivos de Inmobiliarias*. <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101557677>. (Acceso: 19/09/13)
- LARREA HOLGUÍN, Juan y MERINO Rodrigo. *Derecho Civil del Ecuador*. Volumen XI: Las obligaciones. Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 2004.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. “III. Inicios de la república independiente.” En LARREA, Juan y REIG, José. *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador*. Universidad Católica Santiago de Guayaquil: Guayaquil, 2000.
- LÓPEZ, Eduardo y PORTE, Luis. *El Delito de Fraude (Reflexiones)*. Porrúa: México D.F, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos: Parte General*. Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2010.
- LYCZKOWSKA, Karolina. “Dolo in contrahendo Análisis de la Jurisprudencia”. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXII, fasc. I (2009).

- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal: Parte especial*. Volumen V. Temis: Bogotá, 2000.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Volumen I. Ediar: Buenos Aires, 1948.
- MARGADANTS, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Esfinge: Naucalpan, 2005.
- MOISÉS. "Libro de Deuteronomio." *La Sagrada Biblia*. TORRES Félix (trad.) Sopena Argentina: Buenos Aires, 1950.
- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. Temis: Bogotá, 1991.
- MONROY, Marco. *Introducción al Derecho*. Temis: Bogotá, 2006.
- OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis, 2005.
- OSPINA, Eduardo y OSPINA, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Temis: Bogotá, 2005.
- PESCIO, Victorio. *Manual de Derecho Civil: Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile: Santiago, 1978.
- PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Porrúa: México. 1999.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil: Teoría General de los Contratos. Contratos Especiales*. Tomo V. Cárdenas: México, 1991.
- RAVINOVICH, Ricardo. *Recorriendo la Historia del Derecho*. Cevallos: Quito, 2006.
- REIG, José. "V. Derecho Castellano". En LARREA, Juan y REIG, José. *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador*. Universidad Católica Santiago de Guayaquil: Guayaquil, 2000.
- REYNOSO, Roberto. *Delitos Patrimoniales*. Porrúa: México D.F., 1999.
- ROMERO, Gladys. "El perjuicio patrimonial en el delito de estafa". *Revista de Derecho Penal. Estafas y otras defraudaciones*. II. DONNA, Edgardo (dir). Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2000.
- VIDAL, Fernando. *El Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica S. A.: Lima, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. Ediar: Buenos Aires, 1987.
- ZAMORA-PIERCE Jesús. *El Fraude*. México DF: Editorial Porrúa, 2008.

2. JURISPRUDENCIA

Audiencia Provincial A Coruña (España). Sentencia 00016/2012. Sección Nº 006. 23 de Marzo de 2012.

Consejo de Estado (Colombia). Sección Tercera. *Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Otros vs. Isagen S.A.* 29 de Noviembre de 2012.

Corte de Apelaciones de Iquique (Chile). Causa N° 335/2010, de 13 de septiembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso KIMEL vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008.

Corte Nacional de Justicia. Causa no. 36-2010. Registro Oficial Suplemento 366 de 20 de noviembre de 2012.

Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente 1278. Registro Oficial Suplemento 426 de 10 de abril de 2013.

Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Juicio No. 014-2010. Registro Oficial Suplemento 26, 22 de Julio del 2013.

Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. No. 1278-2009. Registro Oficial Suplemento 426 de 10 de abril de 2013.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Juicio No. 0625-2012. Sentencia de 6 de agosto de 2013.

Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Resolución 454-2013. 25 de abril de 2013

Corte Suprema de Justicia (Honduras). Casación n° SJCSJ-CP1538. Sentencia de 2 de marzo de 2011

Corte Suprema de Justicia. *Antonio Torres Rodrigo vs. La Caja del Seguro y Víctor Nemesio Zea Zurita*. 6 de Octubre de 1964. Gaceta Judicial. Año LXVII. Serie X. No. 6. p. 2631.

Corte Suprema de Justicia. *Apolinario Escobar y Rudecindo Zamora vs. Nicolás Martínez*. 11 de Mayo de 1932. Gaceta Judicial. Año XXXI. Serie V. Nro. 63. p. 1363.

Corte Suprema de Justicia. *La Previsora Banco Nacional de Crédito vs Compañía Ecuatoriana de Seguros S. A.* Gaceta Judicial. Año LXXXVII. Serie XIV. No. 14. p. 3146.

Corte Suprema de Justicia. *Raymond Marchal y Leonie Oliver vs. René Elie*. 10 de Diciembre de 1959. Gaceta Judicial. Año LXII. Serie IX. No. 6. p. 677.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. *Segundo Juez Penal del Azuay y Blanca Dora Criollo vs. Carlota Lucía Cabrera Correa*. 11 de diciembre de 1997. Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. p. 2633.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. *Jorge Humberto Oliva Suárez vs. Edgar Eduardo Ontaneda Pardo*. Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. P. 5116.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Juicio No. 388 02. Registro Oficial 421 de 15 de Septiembre de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Penal. Expediente de Casación 11. Registro Oficial 15 de 5 de Febrero del 2007.

Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha. Causa N°361-2013-NT. *Sentencia* del 12 de septiembre de 2013.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Colombia). Segunda Sala. *Sentencia* de 21 de enero de 2004.

Tribunal Supremo (España). Sala Segunda de lo Penal. *Sentencia* n° 1169/2006. 20 de Noviembre de 2006.

3. PLEXO NORMATIVO

Código Civil (Argentina). En http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf. (Acceso: 15/06/2014)

Código Civil (España). Publicada en BOE número 206, de 25 de 07 de 1889. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> (Acceso: 08/02/2014)

Código Civil. Registro Auténtico de 3 de diciembre de 1860.

Código Civil. Registro Oficial. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

Código Penal. Registro Auténtico de 1837

Código Penal. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971

Código Penal. Registro Auténtico 3 de noviembre de 1871

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).