

ISSN: 2773-7349

Sociedad & Tecnología

Revista del Instituto Tecnológico Superior Jubones

2021

Volumen / 4

Número / S1

Mayo



El dolo civil contractual frente al delito de estafa

The willful intent civil contractual against the crime of fraud

Danny Xavier Sánchez Oviedo

E-mail: dannysanchez@uti.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5783-2682>

Carrera de Derecho, Modalidad semipresencial de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Ambato, Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Sánchez Oviedo, D. X. (2021). El dolo civil contractual frente al delito de estafa. *Revista Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 120-132.

RESUMEN

El derecho penal y el derecho civil no son ramas parecidas, pero cuando estas dos colisionan vamos a encontrar las bases del derecho en conflicto. Este es el caso que sucede con el dolo como vicio de la voluntad y el delito de estafa; ambas figuras jurídicas enfocan los mismos elementos pero su tratamiento, o su procedimiento o sus consecuencias son bastamente distintas. Además que la propia razón de existir ambas estructuras son propias a cada rama del derecho. Pero este conflicto puede provocar que el derecho civil entre a dejar en impunidad conductas delictivas que deben ser valoradas por el estado y además ser juzgadas; o que conductas civiles sean sancionadas como un delito. Es necesario crear un muro que separe la actuación de estas dos figuras del derecho que apoye a los juzgadores en cada caso a valorar la acción como penalmente relevante o como un ámbito netamente civil.

Palabras Clave:

Dolo; Estafa; Engaño; Error.

ABSTRACT

Criminal law and civil law are not similar branches, but when these two collide we

will find the bases of the conflicting law. This is the case that happens with willful intent as a vice of the will and the crime of fraud; Both legal figures focus on the same elements but their treatment, or their procedure or their consequences are vastly different. In addition, the very reason for existing both structures are specific to each branch of law. But this conflict may cause the civil law to leave criminal conduct in impunity that must be valued by the state and also be judged; or that civil conduct is punished as a crime. It is necessary to create a wall that separates the actions of these two legal figures that supports the judges in each case to assess the action as criminally relevant or as a purely civil sphere.

Key words:

willful intent; Swindle; Cheated; Error.

INTRODUCCIÓN

Existe un extraño vínculo entre el dolo penal que reviste la estafa y el dolo civil como vicio del consentimiento; es así que los países alrededor del mundo han intentado abordar este tema con su legislación, doctrina y jurisprudencia. Esta ambigua relación no permite el adecuado desarrollo de la estafa y puede provocar impunidad, debido a que para muchos criterios la vía civil no tiene la eficacia que

tiene la penal, por la evidente pena privativa de libertad. La Corte Nacional ex Corte Suprema (2007) de justicia ha sido participe de esta problemática cuando manifestó:

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. (Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Penal 11. RO 15., 2007).

Mientras que las misma Corte Nacional de Justicia (2013) Primera Sala de lo Penal. Expediente 1278. RO Suplemento 426 de 10 de abril de 2013 absuelve a los procesados por no ajustar la tipicidad del engaño en un caso similar.

Se hace más que necesaria la investigación y definir estos aspectos pretendiendo limitar el actuar de la estafa ya que no toda conducta engañosa es estafa, pero también se pretende cubrir que actos que, si constituyen como estafa y como el juzgador valorara estos elementos en cada caso, ya que la legislación y la jurisprudencia le ha dejado al juzgador en un campo minado a ciegas.

El presente trabajo pretenderá hacer un análisis de la Estafa desde su perspectiva más básica verificando los elementos objetivos y subjetivos; además de determinar su penalidad. Posterior se realizara un análisis del dolo civil y como su falta de limitación afecta a la estafa; además se pretendiera revisar teorías que dividen estos dos elementos y los alejan para permitir su aplicación a cada proceso.

DESARROLLO

Definición general del delito de estafa

Es necesario iniciar indicando que, a criterio propio la actividad delictiva defraudadora por excelencia es la encontramos determinada por el (Código Orgánico Integral Penal, 2014) como la estafa, que se caracteriza por tener cuatro elementos básicos: beneficio patrimonial, simulación de hechos falsos, error, acto de disposición patrimonial perjudiciales.

Para determinar la existencia del delito de estafa va a ser necesario relación de causalidad entre estos elementos, es decir: con un ánimo de lucro preexistente el sujeto activo va a deformar la verdad para producir un error en la víctima, he inducir la a realizar un acto de disposición patrimonial que cause un perjuicio propio o a un tercero, es decir todos los elementos deben estar plenamente concatenados, y sobre todo igual que en todos los delitos se debe tener plenamente configurado el dolo, es esta base sobre la que este trabajo versara.

Previo a realizar un análisis íntegro del Dolo Penal se realizará un análisis sobre el delito de estafa y sus elementos; (Código Orgánico Integral Penal, 2014) tipifica a la estafa de la siguiente forma.

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. (Art. 186)

En este sentido de elementos la ex Corte Suprema de justicia o actual Corte Nacional (Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Penal 11. RO 15., 2007) ya se ha pronunciado determinando que

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. (CSJ Tercera Sala de lo Penal. Registro Oficial 15 de 5/febrero/2007 (Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Penal 11. RO 15., 2007)

En este mismo sentido la Corte Nacional de Justicia (Casación, 2013) también determinó el siguiente análisis:

... el delito de estafa, tipificado en el artículo 563 del Código Penal (actualmente derogado), tiene una estructura compleja, por lo que si se alega su existencia se debe demostrar su 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 (CNJ Primera Sala de lo Penal. RO 26, 22 de Julio del 2013)

El delito de estafa es una actividad criminal bien apreciada por delincuentes por los buenos réditos económicos y el riesgo mínimo de ser descubierto en el cometimiento del ilícito; así Zavala (1988) señala que:

Es el estafador el delincuente propio de la sociedad burguesa; el símbolo del desarrollo económico de la sociedad industrial. Es el inteligente de los infractores contra la propiedad. No hace uso ni de la intimidación, ni de la violencia, ni de la fuerza en las cosas, no se aprovecha de la indefensión en que se encuentra la cosa. Sino que se acerca a la víctima armado de su

inteligencia, haciendo uso de engaño, o aprovechándose de la confianza, o de la credulidad, o de la ingenuidad de la víctima". (Zavala, 1988, pág. 87)

Los elementos objetivos del delito de estafa o la conducta requerida al sujeto activo del ilícito se encuentran plenamente configuradas por el legislador, entre los elementos objetivos vamos a destacar el engaño, el error y el acto de disposición patrimonial.

El engaño.

El engaño fue determinado por el legislador como: "mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos" (Art. 186) (Código Orgánico Integral Penal, 2014), es necesario que el engaño conforme lo establece la doctrina puede definirse como el procedimiento mediante el cual una persona deforma la percepción de la realidad de otra, relacionando premisas falsas como que fueran reales. Así (Creus & Buompadre, 2007) determinan que el engaño es un acto de proposición en afirmativo o una negación contraria a la verdad u ocultando hechos ciertos.

En este sentido (Donna, 2001), señala la necesidad de limitar el concepto de engaño para evitar que toda vulneración a la verdad o incumplimientos civiles se vean ventilados por el Derecho Penal.

De forma muy sucinta debemos mencionar que no todo engaño puede ser juzgado por el derecho penal y que la línea que mide la calidad del engaño se basa en la víctima del delito, es decir un engaño será suficiente o será idóneo si ha logrado tergiversar la percepción de la verdad o de la realidad de la víctima, siempre y cuando este acto sea realizado con dolo, que ya será explicado más adelante.

(Donna, 2001) determina que, el engaño debe estar comprendido desde una perspectiva objetiva para poder ser valorado como idóneo, así:

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 objetivo, de idoneidad general, que luego será corregido tomando a la situación particular del caso y de la víctima. (Donna, 2001, págs. 310-311)

Hay que mantener claro que el delito de estafa y los procesos de engaño están limitados únicamente por la imaginación humana pudiendo ser estos muy diversos por lo que el legislador ha dejado abierto las posibilidades determinándolos en tres bases; 1) los que simulan hechos falsos, 2) los que deforman hechos verdaderos y, 3) ocultan hechos verdaderos (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Todo este marco delictivo busca englobar toda conducta que pretenda deformar la percepción de la verdad de una persona para inducir al error.

Una cuestión importante para este punto radica en, si resulta admisible el engaño por omisión, es decir, si cabe la estafa cuando el sujeto simplemente oculta información ya sea porque no ha querido decirla, o porque no ha sacado del error a la posible víctima. A este efecto, se pueden distinguir dos supuestos que el Derecho español ha resultado de la siguiente forma:

- Existen casos en que una omisión, es básicamente el silencio de ciertos datos y posee un significado inequívoco en el contexto de una afirmación determinada, de modo que en realidad se produce una acción concluyente engañosa conforme lo ha determinado la jurisprudencia española. (STS, 21 de Abril de 2010, 2010), (STS 122/2011, 2011)
- Casos en que todo el engaño está constituido por una omisión, es decir, cuando la conducta consiste en no sacar del error a la víctima. Aunque al ocultar la situación se está realizando un verdadero

engaño omisivo, no puede considerarse como un engaño propio del delito de estafa, ya que el engaño es posterior al error propio que ha tenido la víctima, y en la estafa se exige que el error sea consecuencia directa del engaño.

El error

Como se explicó, en líneas anteriores el resultado evidente del engaño tiene por finalidad el inducir a un error o una percepción equivocada de la realidad, es decir, una falsa representación de la realidad, y este error ha de provocar a continuación que se realice un acto de disposición patrimonial.

El error es el efecto principal del engaño producido con dolo, es decir, el sujeto activo tiene la intención de causar la falsa representación de la realidad en la percepción de la persona que es engañada,

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. (Donna, 2001, pág. 300)

El error es una característica principal del delito de estafa, ya que no busca aplicar fuerza o amenaza para producir el traspaso patrimonial, es necesario que la víctima voluntariamente transfiera los activos, de allí parte lo apreciado que es este delito por su mínima posibilidad de flagrancia. El error en el que incurre la víctima además debe ser patrimonialmente relevante, ya que no es lógico o conceptualmente adecuado que un error sentimental lleve a configurar un delito de estafa. Es prudente recordar que el error tiene que venir directamente producido por el engaño perpetrado por el sujeto activo. En este sentido (Creus & Buompadre, 2007) manifiestan:

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 (pag. 511).

Sin duda el error causado en la víctima debe tener como consecuencia el acto de disposición patrimonial que logre la consumación del delito, es prudente destacar que este engaño debe estar realizado de tal manera que la víctima se despoje voluntariamente de su patrimonio creyendo en la veracidad del engaño propiciado en su contra.

Disposición patrimonial

La disposición patrimonial que realiza la víctima debe tener como causa el error patrimonial producido por el engaño realizado por el sujeto activo de la infracción penal; es decir el acto patrimonial debe nacer por el error en el que ha caído la víctima, ya que si el error es distinto a la causa de la disposición patrimonial no podría configurar ningún delito de estafa.

En este punto es trascendente la institución del bien jurídico protegido que se estructura con la finalidad de definir el valor o sustancia que pretende proteger en la sociedad a través de la tipificación de los delitos.

En el delito de estafa el bien jurídico tutelado es originalmente el patrimonio de las personas, conforme lo determinado por el derecho penal clásico; más la última corriente que nace con el derecho penal moderno y para ser más específico el derecho penal económico, determina que es un delito pluriofensivo, donde de forma inmediata en efecto protege el derecho patrimonial (bien jurídico individual), pero a gran escala o de forma mediata pretende proteger la estabilidad socio económica de los negocios (bien jurídico supraindividual).

En este sentido es posible decir que la disposición patrimonial en perjuicio que realiza la víctima voluntariamente tiene que afectar directamente el patrimonio del

mismo o de un tercero, es decir para que se configure la estafa debe ser cuantificable la afectación patrimonial y además debe configurarse el beneficio patrimonial para el sujeto activo del delito o para un tercero, es decir mientras decrece el patrimonio de la víctima el del sujeto activo crece en contraposición, pretensión de enriquecimiento que configurara inequívocamente la existencia de dolo.

Para este punto es necesario, que se configure la afectación patrimonial para que se consume el delito, todo acto sin que se efectuó el traspaso patrimonial o la transferencia de activos será una mera tentativa y no un delito plenamente consumado, al entender que la estafa es un delito de lesión y no un delito de peligro o de mera actividad. En este sentido (Creus & Buompadre, 2007, pág. 27) aseveran que:

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... 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.

Conforme se ha determinado en páginas pasadas, el bien jurídico protegido es el patrimonio el cual pueda ser debidamente cuantificable y sea afectado en tiempo presente y además debe estar jurídicamente protegido. En este sentido es más que necesario establecer que debe existir una relación de causalidad en escalera entre los elementos del tipo penal, es decir cada elemento debe tener una relación de causalidad directa con el otro elemento que lo continua; así debemos comprender que el si el orden de los

elementos es alterado o uno no es causa directa del anterior no existiría delito de estafa; a esto (Fontán Ballestra, 1995), menciona que se pretende una llamada doble relación de causalidad “el medio fraudulento debe haber provocado el error y éste, a su vez, debe haber sido determinante de la prestación pecuniaria” (Fontán Ballestra, 1995, pág. 45)

(Zamora-Pierce, 2008) señala que la doctrina ha sido muy enfática en que si el error no es producto del engaño no hay estafa, ya que la cadena de causalidad se rompería rotundamente, y no existiría la subsunción adecuada de los elementos del tipo penal a los hechos planteados.

Creus Y Buompadre afirman que:

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 a la 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. (Creus & Buompadre, 2007, pág. 115)

En este análisis se hace necesario destacar los elementos subjetivos que revisten este tipo delictivo, es decir la “mens rea” con la que se actúa para propiciar el delito, o el más específico el dolo directo, el mismo que debe fundamentar en los elementos cognitivo y volutivo. En este principio básico es determinante la necesidad de la existencia del dolo para cometer la infracción proferida o a su defecto no existiría tipicidad en la conducta que es perseguida; tal y como lo reconoce el Art. 26 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014). (Fontán Ballestra, 1995, pág. 54) en este sentido expresa que:

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.

La posibilidad de proseguir con un dolo eventual en el delito de estafa no podría ser configurada según la doctrina, pese a que la ley ecuatoriana no reconoce el dolo eventual; (López & Portel, 2005) afirma que la estafa requiere una intención directa de causar perjuicio y no cabe la razón de la mera posibilidad de un daño; así mismo (Donna, 2001) manifiesta que el dolo requerido para la estafa es el dolo directo y, agrega, que el sujeto activo debe actuar con la voluntad para causar un perjuicio al otro y un beneficio patrimonial propio.

(Carrara, 2008) afirmaba que se poder realizar fraudes de muchas clases, es decir utilizar un ardid ya sea para conseguir favores o fines sexuales o sentimentales; pero si se tergiversa la verdad con un engaño para que voluntariamente sea entregado patrimonio por error, es la única forma de estar frente a un delito de estafa, es decir, el autor debe estar motivado por un enriquecimiento a expensas de la víctima.

En este sentido el dolo se forma con el ánimo de lucro como la finalidad preexistente de enriquecerse con un engaño, (Zamora-Pierce, 2008, pág. 178) afirma que “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”. Es este sentido la Jurisprudencia española con su tribunal supremo (2013) hace referencia a que el ánimo de lucro se entiende en un sentido amplio, como intención de obtener un enriquecimiento patrimonial correlativo al perjuicio típico ocasionado (STS 763/2013, 14 de Octubre de 2013, 2013)

A manera de conclusión se puede manifestar que una conducta se subsume a la tipicidad del delito de estafa cuando concurren todos sus elementos objetivos y subjetivos, determinando una relación de causalidad de los objetivos y una preexistencia con los subjetivos. Los elementos objetivos son el engaño, el error, la disposición patrimonial, enlazados en una serie de casualidad como llaves de agua, sin que se abra uno no se puede proceder con el otro. Así mismo los elementos subjetivos son la existencia plena de dolo directo basado en el ánimo de lucro, es decir la conciencia y la voluntad para realizar el engaño, que ha su vez producirá un error en la percepción de la realidad y este a su vez produzca un acto de disposición patrimonial que perjudique a la víctima pero favorezca al víctima, en otras palabras, el sujeto activo conocer y quiere engañar para tener un beneficio patrimonial.

La pena y sus agravantes en el delito de Estafa

La penalidad del delito de estafa aparece prevista en el Art. 186 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014) determinando un carácter de criterio valorativo para el juzgador, donde apreciara la pena que se va a interponer de 5 a 7 años; además realiza otorga una característica valorativa donde determina que la pena máxima se interpondrá cuando coocurra una de las siguientes situaciones, determinando un ya no un valor sino una situación estricta de cumplimiento, cuando:

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

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

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

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

A criterio personal el legislador ha agravado estas conductas por la naturaleza propia de las mismas pretendiendo punir de una forma mucho más agresiva estas conductas. El mismo artículo antes indicado además establece dos circunstancias agravantes propias del tipo penal subiendo el rango de la pena de 7 a 10 años cuando sucedan una de los siguientes puntos:

- La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de un perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general.
- La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera mediante el empleo de fondos públicos o de la Seguridad Social

Así de lo antes acotado se puede pensar que la pena varía por la lesión causada al bien jurídico protegido o la cantidad de víctimas que se maneja. La pena es variada por estar involucradas estructuras de la banca nacional o del sistema financiero.

El mismo artículo señala una conducta atenuada por su poca peligrosidad, la cual responde a la persona que emita boletos o entradas para eventos en escenarios públicos o de concentración masiva por sobre el número del aforo autorizado por la autoridad pública competente, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a noventa días. A criterio personal y crítica al COIP, esta conducta no debería encontrarse tipificada dentro del

delito de estafa, ya que no se configura ninguna clase de engaño o error, a su defecto el bien jurídico protegido por este inciso del delito de estafa ya no es necesariamente el patrimonio, si no los derechos del consumidor.

El dolo civil contractual frente al delito de estafa

Como ya se ha expuesto páginas atrás el engaño y el error propios del delito de estafa los cuales deben estar cubiertos por el dolo directo previo a la comisión del ilícito, resulta de dificultad la apreciación valorativa en diferenciar la existencia del dolo penal y el dolo contractual; esta labor resulta harto compleja, puesto que la legislación penal plantea una difícil apreciación entre el engaño doloso (penal) propio del delito de estafa y los engaños civiles, que le competen al derecho civil. El trabajo valorativo del juzgado pretendía distinguir el delito de estafa y el denominado "dolo in contrahendo" en el ámbito civil; con el fin de facilitar este análisis la doctrina y jurisprudencia han tratado de aportar criterios que permitan realizar este ejercicio.

La labor del juzgador radica en determinar la diferencia entre un delito de estafa y cuándo existe únicamente una responsabilidad civil contractual; con este fin puede partirse de un criterio básico de distinción, diferenciado que en el momento de celebración del contrato existía voluntad de cumplirlo y con posterioridad surge la intención de no hacerlo, se trataría de una mera responsabilidad civil por incumplimiento de contrato.

En este parámetro no se verificaría un delito de estafa porque el engaño de una de las partes ha sido posterior al acto de disposición patrimonial, de esta forma nos encontramos en un incumplimiento doloso del contrato, el cual debe ser plenamente ventilado por el Derecho Civil, donde se lo obliga a pagar los daños y perjuicios causados, pero totalmente contrario al dolo penal y al derecho penal, (Choclán, 2009).

Es menester en este punto además indicar

que el Código Civil también determina el dolo como vicio del consentimiento, lo que significa que una de las partes celebra un contrato con la intención ya previa de no cumplir las obligaciones (dolo vicio) y esto se entiende como una causa de nulidad del contrato Art 1467 (Código Civil, 2005).

Por consiguiente, en este campo es necesario pretender diferenciar un engaño como una causa de nulidad del contrato, o el dolo propio del delito de estafa, en el que además se establecería la reparación integral que determine cuantificablemente el daño causado.

Para resolver este aspecto la doctrina menciona, se debe centrar en determinar si el acto de contratación es una farsa absoluta, organizada para lograr el verdadero propósito del sujeto, totalmente contrario a un acto sinalagmático propio del delito de estafa, o a su defecto es un dolo contractual de competencia para el fuero civil; es decir, el nivel que determina la existencia de un engaño en la contratación (y que no llega a constituir delito de estafa) cuando la parte que engaña al momento de contratar realmente está interesada en la celebración del contrato y la celebración del mismo es posible, pero pretende obtener un beneficio económico mayor al revelado y distinto del que comprende la parte afectada.

El Tribunal Supremo Español en la sentencia (STS 763/2013, 14 de Octubre de 2013, 2013) ha subrayado que la frontera entre dichos supuestos se constituye en una cuestión de tipicidad penal, de tal modo que hablar de estafa solo cuando la conducta pueda subsumirse en relación de causalidad en el ámbito típico de estafa, radicado en la existencia de dolo penal enfocado a cubrir tanto los elementos objetivos como subjetivos.

(Dopico, 2012, pág. 17 y ss) indica que de esta manera partiendo de que la diferenciación entre el dolo civil y el dolo penal es una cuestión de tipicidad y de carácter netamente valorativo, es decir, definir al momento de juzgamiento si el engaño ha sido suficiente para provocar el error a la víctima, y causar un acto de

disposición patrimonial que causaría un perjuicio.

En este sentido puede partirse pretendiendo que la base esta en considerar si el engaño es objetivamente idóneo para producir el error causante del acto de disposición patrimonial, pero considerando los elementos propios de la conducta engañosa, y muy particularmente como esto han influido en la víctima.

En este sentido (Dopico, 2012) determina que es prudente establecer si la realización de un concreto comportamiento engañoso supone un riesgo típicamente relevante de producir el resultado de perjuicio patrimonial. Así se tiene que pretender dilucidar si realizar el engaño, era previsible el error de la víctima y el sucesivo acto de disposición patrimonial en perjuicio económico; esta fórmula pretende determinar un nexo de imputación objetiva entre el engaño y el perjuicio patrimonial.

En este sentido la Corte Nacional de Justicia señala que:

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 (CNJ Sala de lo Penal No. 0625-2012., 2013).

Así mismo la Jurisprudencia española a través de su Tribunal Supremo indica que:

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

que lo inspira (STS 1169/2006, , 2006).

En palabras de (Dopico, 2012, pág. 18), "si se dan los requisitos típicos de la estafa, se aplicará el tipo penal, y de no ser así, se verá si se dan los requisitos del dolo vicio" En este mismo sentido menciona que: "los ámbitos del dolo civil y la estafa no coinciden punto por punto... radicado en la conducta engañosa" (Dopico, 2012, pág. 19).

La tipicidad como pared que limita el dolo civil de la estafa determina que el dolo penal debe ser un dolo típico subsumido por la tipificación penal, en palabras de (Zaffaroni, 1987, pág. 297), "dolo es la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto", en este sentido el dolo penal debe tener como fin el enriquecimiento; distinto al dolo como vicio. Para (Dopico, 2012, pág. 21), 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.

En contra posición a la postura antes invocada es prudente además indicar que existen otras teorías que fundamentan una separación o una unificación de conceptos entre el dolo como vicio y la estafa; así la teoría de equiparación de conductas nos indica según (Manzini, 1948, pág. 213) nos indica que:

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.

Esta teoría pretende equiparar los conceptos, pero a crítica personal en base a este análisis y bajo la legislación ecuatoriana quedaría totalmente inservible el tipo penal de estafa, ya que bajo el principio de mínima intervención penal antes de utilizar el derecho penal se debe ejecutar el derecho civil. Para La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a manifestado en base al principio de mínima intervención penal 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 (CIDH Caso Kimel VS. Argentina, 2008)

Desde otra perspectiva se implanta el denominado "deber de autoprotección de la víctima", el cual toma especial relevancia cuando se analizan las específicas características de la víctima, pretendiendo tomar enfoque desde la diligencia a la hora de valorar el mensaje engañoso; de modo que una diligencia o precaución podía evitar la consumación del delito, entonces no cabría imputar objetivamente el daño económico al engaño y no existiría estafa (Choclán, 2009)

Con apego a esta teoría es prudente mencionar que se ha venido sosteniendo por la doctrina y jurisprudencia española que no existe engaño propio al derecho penal y por ende al delito de estafa en los casos en que la víctima tenía posibilidades reales de protegerse del engaño o cuando el engaño es proporcionalmente increíble, es decir el engaño resulta inútil; en este sentido el daño causado no provendría de un error nacido en el engaño perpetrado por el sujeto activo, sino que el daño resulta de la falta pericia o diligencia de la víctima.

Se puede manifestar que la falta de protección mínima de la víctima ha de excluir el delito de estafa ya que la víctima no desplegó ningún tipo de diligencia para comprobar la información ya que no existiría una conducta engañosa, más bien existiría una negligencia por parte de la supuesta víctima y por ende debe ser reglado por el derecho civil, en este sentido se debe verter dicho análisis a un criterio valorativo propio del juzgador para cada caso, ya que las variables pueden modificar absolutamente este aspecto.

El conflicto entre el dolo civil (dolo vicio) y el dolo en el delito de estafa (dolo penal) han tenido un conflicto tanto en su aplicación como en su desarrollo desde inmemorables épocas, sobre todo por su parecido en la esencia. Conflicto que pretende la jurisprudencia y la doctrina dilucidar con la tipicidad que embiste al dolo penal.

Es así que la muralla que divide (bastante delgada) el dolo in contrahendo y el delito de estafa, radica en cumplir con la tipicidad que exige el tipo penal para que este sea pesquizable por el Derecho Penal.

La conducta que ejerce y que cumple el sujeto activo del ilícito, el engaño como se ha explicado en páginas anteriores, debe ser penamente relevante, no solo por la esencia propia del engaño, sino además se debe adecuar a las exigencias del tipo penal, vale decir que esta apreciación no es muy clara ya que su valoración tiene que ser a cada caso, determinar si el engaño es penalmente relevante como ya lo ha determinado la jurisprudencia española y sobre todo si la serie de causalidad puede abarcar en el orden adecuado la tipicidad del delito de estafa para cada legislación.

En este punto vale decir que la legislación ecuatoriana o la jurisprudencia ha intentado resolver este asunto ya que la legislación por su contenido expreso no aleja estos conceptos y la jurisprudencia no ha entrado en resolver este asunto de lleno.

En un criterio técnico estos factores alteran hartamente la impunidad en delitos de

estafa ya que la defensa prácticamente podría basarse en el principio de mínima intervención penal y estructurar que no existe dolo penal reconocido la existencia de dolo civil, en este sentido el delito de estafa tendría que ser mejor regulado, invistiendo un carácter valorativo claro que divida los casos civiles y los casos penales; ya que esta falta de tipificación adecuada afecta claramente con la política criminal en los delitos de estafa.

CONCLUSIONES

Se infiere que la línea que divide bastamente el dolo civil y la estructura del dolo penal conforme lo ha determinado la jurisprudencia española radica en la tipicidad de la conducta y la conducta penalmente relevante, es decir definir la calidad de engaño y la modalidad del mismo para poder entender la existencia de un delito o simplemente de un dolo in contrahendo que vicie la voluntad de las partes contratantes. Es así, que el trabajo del juzgado consistirá en centrar su atención si los hechos se subsumen perfectamente en todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de estafa; es decir en una línea de causalidad determinar si se cumple con el engaño que lleva al error y que este a su vez provoca un acto de disposición patrimonial que provoque una lesión pecuniaria propia o de un tercero, realizado con la clara intención de un enriquecimiento a expensas de la víctima. En este hecho es un carácter netamente valorativo del juzgador para cada caso, determinando la existencia de dolo penal o de dolo como vicio y a su vez limitando su actuar al proceso civil.

Es menester indicar que no existen parámetros que ayuden al juzgador a valorar que engaño es penalmente relevante y que engaño no lo es; siendo este un punto esencial para juzgar a una persona por el ilícito penal o remitirlo al procedimiento civil. Es así que considero prudente que se desarrolle una dedición del pleno de la Corte Nacional en este sentido, delimitando el alcance del principio de mínima intervención penal sobre el dolo

como vicio del consentimiento frente a la impunidad en el delito de estafa, es determinar cómo cualificar cuando una conducta engañosa es penalmente relevante y cuando no; a criterio personal esta valoración como se ha explicado en este trabajo debe basarse en la condición de la víctima, en la capacidad de prevención y en el dolo con el que se perpetra el engaño.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bush V. Gore y el velo de la legitimidad constitucional. (2001). En J. R. COSSÍO. Buenos Aires.
- CARRARA, F. (2008). Programa de Derecho Criminal. . Bogotá: Temis.
- Casación, Expediente 1278. RO Suplemento 426 (Primera Sala de lo Penal 10 de abril de 2013).
- CASO KIMEL VS. ARGENTINA (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 2 de mayo de 2008).
- Choclán, J. (2009). El delito de Estafa. Barcelona: Bosch.
- Creus, C., & Buompadre, J. (2007). Derecho penal Parte Especial. Buenos Aires. Argentina: Editorial Astrea.
- Decreto Legislativo, R. A. (1935). CONSTITUCION POLITICA ECUADOR DEL AÑO 1835. Quito.
- DONNA, E. (2001). Derecho Penal: Parte Especial. Tomo II. Buenos Aires: B. Rubinzal-Culzoni.
- Dopico, J. (2012). Estafa y Dolo Civil, Criterios Para su determinación. Dereito.
- ECUADOR, C. C. (2013). SENTENCIA No. 009-13-SIN-CC.
- Expediente de Casación, 11. RO 15 (Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Penal. 5 de febrero de 2007).
- Fontán Ballestra, C. (1995). Tratado de derecho Penal Tomo VI Parte

- Especial. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Función Legislativa - Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014 Última modificación: 04-dic.-2019.
- Función Legsilativa. (2005). CODIGO CIVIL. Quito: Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005 Última modificación: 22-may.-2016.
- Juicio No. 0625-2012. , Juicio No. 0625-2012 (CN. Sala de lo Penal. 6 de agosto de 2013).
- LÓPEZ, E., & PORTE, L. (2005). El Delito de Fraude (Reflexiones). . México D.F.: Porrúa.
- Manzini, V. (1948). Tratado de derecho Penal. Tomo I Volumen I. Buenos Aires: Ediar.
- ORDORICA, A. P. (2010). Bush vs. Gore. Obtenido de <http://www.excelsior.com.mx/node/696146>
- STS 1169/2006, STS 1169/2006, (Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal 30 de noviembre de 2006).
- STS 122/2011, STS 122/2011 (Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil 22 de febrero de 2011).
- STS 763/2013, 14 de Octubre de 2013, STS 763/2013 (Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal 14 de octubre de 2013).
- STS, 21 de Abril de 2010, 21/2010 (Tribunal Supremo - Sala Cuarta, de lo Social 21 de abril de 2010).
- Zaffaroni, E. (1987). Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo III. Buenos Aires: Ediar.
- ZAMORA-PIERCE, J. (2008). El Fraude. México DF: Editorial Porrúa.
- Zavala, J. (1988). Delitos contra la propiedad: Extorsión, estafa, apropiación indebida. Quito: Editorial Edino.

Síntesis biográfica del autor:

Danny Xavier Sánchez Oviedo

Maester en Derecho mención Derecho Penal y Procesal Penal, Posee título de maestría en Derecho Penal Económico, diplomatura en derecho procesal penal- mención experto litigante, consejo de la judicatura. Abogado titulado por la Pontificia Universidad del Ecuador Ambato. Actualmente profesor – investigador titular de Derecho Penal y Teoría del Delito en la Universidad Tecnológica Indoamérica – Ambato y coordinador de la modalidad semipresencial de la carrera de Derecho.