



FACULTAD DE DERECHO

LA ESTAFA EN TRIÁNGULO: ANÁLISIS DE SUS ELEMENTOS
ESENCIALES, LA PROBLEMÁTICA EN CUANTO SU TIPIFICACIÓN EN LA
LEGISLACIÓN SUSTANTIVA PENAL EN ECUADOR Y LOS EFECTOS QUE
DE ESTA SE DERIVAN

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos para optar por
el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor guía
Pablo Encalada

Autora
Karina Elizabeth Gómez Andrade

Año
2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Abogado Pablo Encalada

1103857700

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Karina Elizabeth Gómez Andrade

1719438168

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi familia y profesores que a lo largo de mi carrera han influido de manera diversa para alcanzar mis objetivos, agradezco en especial a mi madre quien ha sido un apoyo fundamental en mi vida en general; y a mis profesores que me inculcaron no solo conocimientos sino también valores para enfrentar la vida profesional.

DEDICATORIA

El presente trabajo se lo dedico a la persona que ha sido un pilar fundamental en mi vida, mi madre mujer incansable, generosa, bondadosa, emprendedora e inteligente, que ha dado todo por sus hijos; y que, siempre me ha apoyado en los caminos que he emprendido, que con sus palabras y consejos me ha ayudado a alcanzar las metas que me he propuesto, alentándome a ser una mejor persona. Por todo esto y más le dedico este logro a mí querida madre, porque todo lo que soy se lo debo a ella.

RESUMEN

La presente tesis aborda las diversas interrogantes que se presentan alrededor de la llamada estafa en triángulo, esto es, de aquella en que el sujeto engañado y disponente, aunque sin ser titular de determinado patrimonio, realiza a base de engaños y por error una disposición patrimonial lesiva, que afecta en definitiva a un sujeto diferente, quien es realmente el dueño del patrimonio agredido.

Específicamente se realiza una comparación entre los componentes de la estafa tradicional y los componentes de la estafa en triángulo, se analiza la tipificación o no de la estafa triangular en la legislación del Ecuador, se examina y se determina los elementos que deben darse para que se constituya el injusto en cuestión y se estudia el tipo de relación que debe existir entre engañado-disponente y el patrimonio perjudicado para que se pueda aceptar que aquél realiza la disposición típica exigida por la estafa triangular. Al efecto, se sostiene que en la legislación ecuatoriana para que se pueda concluir la tipificación de estafa en triángulo y se la pueda sancionar como un delito, ésta debe estar expresamente contenida en la normativa legal penal, de conformidad al principio de legalidad que implica que la ley penal sea escrita, es decir esta debe ser exclusivamente derecho positivo, que la ley penal sea previa que significa que no se puede sancionar un acto que no esté catalogado como delito al momento de su cometimiento y estricta que hace referencia a que la ley penal debe ser taxativa y proporcione certeza, por lo que, la ley penal debe realizar una descripción específica del acto u omisión que considera como delito, para que así, no exista ambigüedad que entorpezca su conocimiento y aplicación; respecto al vínculo que debe darse entre el sujeto engañado-disponente y el patrimonio lesionado, concluimos que es suficiente una relación especial de hecho o de derecho para que se considere la configuración de la estafa en triángulo. Por último, se realizan recomendaciones en referencia a como debe ser entendida y tratada en nuestro sistema penal la estafa triangular.

ABSTRACT

This thesis project deals with various questions that arise around the called fraud triangle, that is, one in which the subject deceived and deponent, although without being the holder of certain assets, performs by deception and mistake a wrongful disposal of assets, which ultimately affects to a different subject, who is actually the owner of the affected assets.

Specifically, a comparison between the traditional and fraud triangle components is done, the categorization or not of the fraud in triangle is analyzed on the law of Ecuador, the elements that must be met are analyzed and determined so that the unjust in question is constituted, and the type of relationship that should exist between the deceived-deponent and the affected assets is studied, so that it can be accepted that the former person performs the typical arrangement required by the triangular fraud. In effect, it is argued that in Ecuadorian law for completing the categorization of fraud triangle and punishing as a crime, this must be expressly stated in the criminal legal regulations in accordance with the principle of legality which implies that the criminal law is written, i.e. it must be exclusively positive law. That the criminal law is prior means that it cannot punish an act that it is not listed as a crime at the time of restraint and strict refers to the criminal law that should be exhaustive and provide certainty. So the criminal law should make a specific description of the act or omission that considers as a crime, so that there is no ambiguity that interferes with their knowledge and application; regarding the bond that should exist between the subject deceived-deponent and affected assets. We conclude that a special relationship is sufficient, in fact or in law, for settings to be considered fraud in triangle. Finally, recommendations are done in reference to the way the triangular fraud should be understood and treated in our criminal justice.

ÍNDICE

Introducción	1
1. Capítulo I. Nociones generales del delito de estafa tradicional	3
1.1. Evolución Histórica	3
1.2. Concepción actual del delito de estafa	7
1.3. La insuficiencia del concepto tradicional de estafa para resolver los casos de estafa triangulada	10
1.3.1. Esquema explicativo de la configuración de estafa en triángulo	13
1.4. Elementos esenciales del delito de estafa tradicional	15
1.4.1. Elementos subjetivos.....	15
1.4.2. Elementos objetivos.....	19
1.4.3. Consumación.....	27
1.4.3.1 Análisis de la consumación en la legislación Ecuatoriana	28
1.4.4. Tentativa.....	29
2. Capítulo II. La estafa en triángulo	31
2.1. Conceptualización de la estafa en triángulo	31
2.2. Elementos esenciales, constitutivos de la estafa en triángulo	32
2.2.1. Elementos subjetivos.....	32
2.2.2. Elementos objetivos.....	33
2.2.3. Toma de posición	38
2.2.4. Consumación	39
2.2.5. Tentativa.....	40
2.3. Comparación entre el Código Penal de (1938) aun vigente y el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal en referencia al delito de estafa	41

2.3.1. Análisis del artículo 563 del Código Penal (1938) vigente:	
La estafa	41
2.3.1.1. Elementos subjetivos.....	42
2.3.1.2. Elementos Objetivos	43
3.2.2.1. Elementos subjetivos	45
3.2.2.2. Elementos objetivos	47
2.3.2. Análisis del artículo 186 del Proyecto de Código	
Orgánico Integral Penal: La estafa.....	48

3. Capítulo III. Análisis de la problemática que se manifiesta en la estafa en triángulo en cuanto a personas jurídicas..... 50

3.1. Posibilidad de la existencia del error en el ámbito de las personas morales o jurídicas.....	50
3.2. ¿Cabe denominar a la estafa en triángulo como un delito de autolesión?	53
3.3. ¿En qué medida el error del tercero actuante y el perjuicio, se puede imputar a la persona jurídica?	55

4. Capítulo IV. Análisis y establecimiento de alternativas para solucionar la problemática que se da en cuanto a la tipificación de la estafa triangular como delito autónomo en la legislación sustantiva penal de Ecuador..... 57

4.1. Tipificación del delito de estafa triangular en la legislación comparada.....	57
4.1.1. Legislación española	57
4.1.2. Legislación argentina.....	58
4.2. Marco normativo de la estafa en triángulo en la legislación ecuatoriana	59

4.3. ¿Se encuentra o no tipificado el delito de estafa triangular en Ecuador?	61
4.3.1. Principio de legalidad.....	61
4.3.2. Prohibición de la interpretación extensiva y Principio de interpretación literal o estricta en materia penal.....	67
4.3.3. Prohibición de analogía en materia penal.....	68
4.3.4. Análisis de la tipificación o no de la estafa en triángulo en el Código Penal Vigente.....	69
4.3.5. Marco normativo de la estafa en triángulo en referencia al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal	71
4.3.6. Para la conformación de la estafa en triángulo ¿se necesita una especial relación jurídica entre el engañado-disponente y el patrimonio agredido, o basta con una mera relación de hecho?	75
5. Capítulo V. conclusiones y recomendaciones	78
5.1. Conclusiones.....	78
5.2. Recomendaciones	89
Referencias	95

INTRODUCCIÓN

Los antecedentes de la estafa en triángulo datan desde la antigüedad, esta ha tenido una gran evolución y cambios constantes, pues ha recorrido un sin número de épocas y pueblos, empezando con el babilónico en el siglo XX a.C., el hindú, el Persa con el Avesta, el libro del Profeta Amos, el Corán, pasando por el pueblo romano, en Castilla con Las Partidas, en Alemania, en la legislación francesa en la cual tuvo una gran trascendencia, hasta llegar a la actualidad. El antecedente inmediato de la estafa en triángulo es la estafa clásica, no obstante, en esta última únicamente se examinaba y observa la relación entre el sujeto activo del delito (engañador) y el sujeto pasivo del delito quien era el (engañado-disponente y el perjudicado a la vez). Es decir, exclusivamente se miraba la relación que se da cuando sólo intervienen dos sujetos. Por lo que, es evidente que la estafa triangular, ha tenido poco estudio y tratamiento, ya que, solo algunos doctrinarios se han encargado de hablar sobre este tipo delictivo.

Por tal motivo, nos parece imperioso estudiar, analizar y llegar a conclusiones y recomendaciones a cerca de la estafa en triángulo y todas las inquietudes que de esta se deriva. Por tanto, haremos un recorrido por varios autores nacionales e internacionales para así establecer lo que en doctrina se entiende por estafa triangular, al respecto, se dice que en esta el engañado realiza una disposición que no tiene efectos perjudiciales sobre su propio patrimonio, sino sobre uno distinto. O, visto desde la perspectiva de la protección patrimonial, aquélla en que la disposición perjudicial no la realiza el titular del patrimonio afectado sino un tercero engañado.

En efecto, la admisibilidad de la estafa en triángulo ha surgido del amplio consenso, no obstante este amplio reconocimiento inicial, no obsta y no resuelve el verdadero alcance que este tipo delictual tiene. Específicamente en Ecuador, existe un conjunto de interrogantes en referencia a esta figura que hasta ahora no ha sido objeto de discusión académica; y que, tampoco ha

tenido tratamiento en el campo legislativo o jurisprudencial. La primera cuestión de ellas, tiene relación a qué presupuestos deben darse o coexistir para considerar la configuración de una estafa en triángulo. La segunda, cuestión, que debe ser resuelta, hace referencia a la relación o vínculo que debe existir entre el sujeto engañado-disponente y el patrimonio dañado, es decir bajo qué condiciones el tercero interviniente que no es el titular del patrimonio debe actuar para que se considere una disposición típica en los términos de la estafa triangular. El tercer aspecto que debe solucionarse, está relacionado a las personas jurídicas que en el tema en cuestión, alcanza una verdadera relevancia, ya que, el problema se presenta de forma manifiesta en estos casos, pues las personas jurídicas no pueden ser engañadas y por ende en estas no hay posibilidad para el error en la forma que se requiere en el tipo penal en referencia, en concordancia con este tema también es necesario aclarar en qué medida el error del tercero actuante y el perjuicio ocasionado se puede imputar a la persona jurídica, tomando en consideración que la doctrina ha sido unánime en manifestar que la estafa clásica es un delito de autolesión. Por último, se debe concluir la tipificación o no de la estafa en triángulo en la legislación sustantiva penal del Ecuador, asunto que para resolverse debe ser concatenado y examinado a la luz de la Constitución, la normativa penal, los tratados internacionales y los principios generales de derecho.

Por los aspectos expuestos, este trabajo pretende analizar a profundidad y proponer respuestas para estas y otras cuestiones asociadas; basándonos en el marco normativo del derecho ecuatoriano. Ya que, la complicación en el ámbito de los negocios, el afán de las personas de enriquecerse en corto tiempo, ha producido la crisis actual del sistema penal, favoreciendo de esta manera el desarrollo de nuevas e ingeniosas técnicas de la criminalidad engañosa. Ello obliga al estudioso del derecho a un constante análisis y reelaboración de los tipos delictivos, para así no dejar sin protección a supuestos que en la práctica se dan con frecuencia pero que por sus características diferenciadoras y particulares, pueden quedar sin respuesta por parte del derecho penal.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DEL DELITO DE ESTAFA TRADICIONAL

1.1. Evolución Histórica

Los antecedentes del delito de estafa como ahora la conocemos data desde la antigüedad. Puesto que, “(...) pueblos como el babilónico trataron este tema en el Código de *Hammurabi* en el siglo XX a.C. (...); la estafa también se encontraba regulada en legislaciones como Las Leyes de Manú pertenecientes al pueblo hindú (...)” (Zavala, 1988, pág. 88). Igualmente, este tipo delictivo, estaba determinado en “(...) el Avesta Persa, en el libro del profeta Amós y en el Corán, los cuales tenían penas severas; y en algunas de estas legislaciones, se sancionaba con la pena de muerte” (Donna, 2007, pág. 318).

Es importante mencionar que, “(...) en Roma no se conoció específicamente el delito de estafa sino que se hizo referencia general a los delitos de fraude (...)” (Zavala, 1988, pág. 88). Empero “(...) no se puede negar que el desarrollo de los delitos de fraude tomó verdadera importancia en Roma (...)” (Zavala, 1988, pág. 88).

En Roma los antecedentes de la estafa fueron el *crimen furti*, el *crimen falsi* y el *stellionatus*.

“El *crimen furti* era un concepto amplio del *furtum* que englobaba cualquier forma de atentado en contra del patrimonio ajeno, sobre todo el cometido mediante fraude. De modo que, *furtum* podía ser tanto la apropiación indebida, la sustracción del uso o la violación de la posesión mediante astucia y engaño” (Donna, 2007, 318).

“El *crimen falsi* que enmarcaba las falsedades monetarias, documentales, testamentarias y, cuyo objeto de lesión era la fe pública, determinaron que el *falsum* fuera un delito público” (Donna, 2007, pág. 318).

“El *crimen estellionatus* de naturaleza no muy precisa “(...) surge en el siglo II d. C. en la época de Antonio Pio con la finalidad de sancionar aquellas conductas fraudulentas que no podían ser incluidas dentro del *crimen furti* ni dentro del *crimen falsi* (...)” (Zavala, 1988, pág. 89). “Este era un crimen extraordinario o de aplicación excepcional, no definido por el Derecho Romano (...)” (Donna, 2007, pág. 319).

“Según Carrara el estelión o salamandra que es un reptil con colores indefinibles por su variabilidad frente a los rayos del sol, sugirió a los romanos el nombre de estelionato como título del delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena; *ya que, la naturaleza incierta de este delito* fluctuaba entre la falsedad y el hurto, y que aunque participen de las condiciones de uno y de otro delito, no son precisamente ni el uno ni el otro” (Zavala, 1988, pág. 89).

La naturaleza del estelionato no estaba precisada, por lo que, quedaba a criterio del pretor determinar si es que la conducta, que aparentemente se la consideraba fraudulenta, debía ser objeto de un procedimiento criminal extraordinario, por no poder incluirla dentro del *furtum* o del *crimen falsi*. No obstante es imprescindible recordar que el *estellionatus* era un delito contra el patrimonio y como tal un delito privado, pese a lo cual no se había señalado una pena específica, “(...) pena que era impuesta por el juez a su antojo, si es que consideraba que, en efecto, se había lesionado el patrimonio particular mediante una conducta fraudulenta (...)” (Zavala, 1988, pág. 89).

“Los casos que entraban en el estelionato eran los de vender o permutar una cosa ya obligada a otro, transferir la cosa ya donada al hijo, entregar prendas ajenas. Pero en todo caso el estelionato tenía un carácter

patrimonial, y por ende privado de manera que era menos severamente penado que el crimen” (Donna, 2007, pág. 319).

Es importante mencionar que:

“Ninguna ley dispuso que la acción privada por causa de fraude punible, es decir por causa de (...) *estellionatus* fuese trasplantada al derecho penal, la traslación se hizo naturalmente, en virtud de las mismas relaciones de correlación existente entre el delito propio del derecho civil y el propio del derecho penal. Por lo que la doctrina y la práctica de los tribunales fueron quienes verificaron el cambio” (Zavala, 1988, pág. 89).

En Las Partidas se asimila el engaño al dolo, se señala que “(...) de dos maneras se puede presentar el engaño, esto es, *en primer lugar* por medio de palabras arteras o engañosas, *en segundo lugar* por medio de silencio engañoso o las palabras en cubiertas (...)” (Zavala, 1988, pág. 90).

En este sentido se observa que en Las Partidas se aceptaba el engaño por omisión y por ende en este sistema la estafa por omisión era claramente posible y sancionable.

Pero es trascendental destacar que en el derecho romano como en Las Partidas, “(...) no se fijaba una pena concreta para el estelionato sino que dejaban al arbitrio del juez imponerla, tomando en consideración tanto la personalidad del acusado como la del acusador (...)” (Zavala, 1988, pág. 90).

En este sentido se observa un gran avance, ya que, el juez para imponer la pena debía realizar un análisis de los sujetos del delito tomando en cuenta no solo la personalidad de sujeto activo sino que también se analizaba la personalidad del sujeto pasivo del delito, este aspecto es muy importante señalarlo, pues, algunos autores consideran que la penalidad del delito de

fraude debe ser puesto en relación con la personalidad de engañado y no toman en cuenta la personalidad del engañador.

“En la Edad Media la doctrina creó un nuevo *falsum*, en el que se incluyeron casos de fraude patrimonial (...). De modo que, “(...) el *estellionatus* pasó a tener un carácter subsidiario, por lo que el estelionato medieval, debido a esta confusión de figuras resulto ser distinto al estelionato romano y distinto a la estafa actual” (Donna, 2007, pág. 319).

En el derecho germano dentro de La Carolina se ignoró el delito de estafa. En relación a lo mencionado Mezger afirmaba que: “(...) la estafa presupone una cierta extensión del tráfico mercantil, una espiritualización de los métodos delictivos; por eso no figura en la Carolina (...)” (Zavala, 1988, pág. 90).

“Posteriormente se fueron deslindando ciertos conceptos y es la ciencia alemana la que diferencia el fraude de la falsedad, ya que Feuerbach y Wachter definen la falsedad en el siglo XIX, y en 1820 y 1837 Cucumus aclara el concepto de fraude: *manifestando que*, objeto de fraude no era, según él, el patrimonio en sentido económico, de la víctima, sino la facultad intelectual de ella; para la falsedad no era necesaria la producción del daño. *Por lo que, en este sentido se vislumbra el fundamento racional de su incriminación en la lesión de un derecho social, la fe pública*” (Donna, 2007, pág. 319).

Se realizó una diferenciación importante en cuanto “(...) al estelionato, el hurto y la falsedad, se conceptualizó al estelionato como una lesión patrimonial ocasionada a otro con fraude (Donna, 2007, págs. 319-320). En cuanto a esto Carrara mencionó que:

“Si bien es cierto que el estelionato tiene las características del hurto y de la falsedad, no es ni hurto verdaderamente, porque la posesión de la cosa se la logra con el consentimiento del dueño, ni la falsedad

verdadera, porque la modificación de la verdad es especialmente ideológica” (Donna, 2007, pág. 320).

La legislación francesa fue la que precisó el campo de la estafa al “(...) declarar su independencia absoluta de otras figuras de fraude al establecer en la ley de 16-22 de julio de 1791(...)” *que*: (Zavala, 1988, pág. 91).

“Los que, por dolo, o por medio de falsos nombres o de falsas empresas, o de un crédito imaginario, o de esperanzas, o de temores quiméricos, hubieren abusado de la credulidad de cualquier persona, y estafado la totalidad o una parte de su fortuna, serán perseguidos por los tribunales del distrito, y si la estafa es probada, el tribunal del distrito, después de haber condenado por las restituciones y los intereses provenientes de los daños, está autorizado a condenar, por vía de policía correccional, a una multa que no podrá exceder de 5000 libras, y a prisión que no podrá exceder de dos años” (Zavala, 1988, pág. 91).

Posteriormente “(...) la legislación penal del siglo XIX acepta los criterios modernos en materia de estelionato y admite dos elementos: el engaño y el daño patrimonial” (Donna, 2007, pág. 320).

1.2. Concepción Actual del Delito de Estafa

En el presente trabajo es indispensable inicialmente establecer el concepto del delito de estafa clásica y los elementos esenciales constitutivos de este tipo. Para esto primero se procederá a analizar algunos conceptos de estafa que diferentes autores han manifestado.

Soler define a la estafa como “la disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, el cual ha sido logrado mediante ardidés tendientes a obtener un beneficio indebido” (Zavala, 1988, pág. 202). De la citada definición del doctrinario argentino, se observa que, éste enfatiza que el delito de estafa

afecta a la propiedad mediante el error, establece el nexo que se debe dar entre el engaño el error y la disposición patrimonial. Utiliza la palabra ardid que como se verá hace referencia a la necesidad de inducir a error mediante una especial escenificación, no bastando para la configuración de la estafa la utilización de palabras mentirosas, sino que estas deben ir acompañadas de una puesta en escena tal que logren hacer caer en error, y que, a causa de esto se realice una disposición patrimonial lesiva. Por ende, para este autor se necesita la presencia de ardid para que se considere la existencia de una estafa, por lo que, no se admitiría el cometimiento del delito de estafa solo por engaño.

En relación al tema que nos atañe el autor argentino no hace mención alguna o trata el tema de la estafa en triángulo, no advierte la posibilidad de que el sujeto engañado que realiza la disposición patrimonial, y el sujeto afectado puedan ser distintas personas. Por lo que, no examina en consecuencia ¿Quiénes pueden ser víctimas del engaño?, y ¿Quiénes pueden resultar en definitiva perjudicados patrimonialmente? No analiza que tipo de vinculación se debe dar para considerar que se ha llevado a cabo una estafa triangular, es decir no manifiesta si se necesitaría una legitimación jurídica para disponer o bastaría una especial relación de hecho entre el que dispone y el bien objeto de la disposición patrimonial perjudicial.

Arteaga Sánchez manifiesta que la estafa "(...)" es la conducta engañosa determinante de un error en otra persona, del cual deriva un provecho injusto para el estafador y un correlativo daño patrimonial ajeno (...)" (2007, pág. 89). Este autor venezolano menciona como elemento constitutivo del tipo de estafa la "conducta engañosa" que determinaría o induciría a error a otra persona. No obstante no analiza que el sujeto activo de la estafa puede realizar actos para mantener el error en el sujeto engañado por lo que no solo el error en principio debe ser inducido. Se limita el doctrinario a mencionar que ha de existir un correlativo daño patrimonial ajeno. Tampoco hace referencia a las diferentes situaciones que se presentan cuando el sujeto activo del delito engaña a una

persona pero es otra (un tercero ajeno) a la relación de los mencionados, quien ciertamente y en definitiva es el perjudicado.

Jorge Zavala Baquerizo en su obra *Delitos Contra la Propiedad Tomo II Extorción-Estafa*, define a la estafa como “(...) un delito por el cual una persona mediante fraude (engaño o abuso de confianza) y con ánimo de apropiación, induce a otra a entregarle una cosa de su propiedad o de propiedad de un tercero” (1988, pág. 103). El autor ecuatoriano en su definición hace mención a la posibilidad que el sujeto engañado sea diferente al sujeto perjudicado patrimonialmente, empero, Zavala Baquerizo no analiza a profundidad la estafa en triángulo, no observa los diferentes panoramas e inquietudes que se derivan de esta, por ejemplo, la vinculación o relación que debe existir entre el engañado y el perjudicado; tampoco explora la situación que debe darse entre el sujeto engañado y el objeto del cual se realizará la disposición perjudicial, además, el doctrinario no analiza ni se pronuncia sobre la tipificación o no de la estafa triangular en la legislación sustantiva penal ecuatoriana, tampoco sobre los efectos que esto ocasiona en la práctica, no aborda el tema enmarcándose en la legislación penal ecuatoriana, por lo que, no se emite ningún criterio para solucionar la problemática de la estafa en triángulo en el Ecuador.

De lo analizado se evidencia que el estado de discusión con respecto a la estafa en triángulo es casi nulo, con pocas excepciones, ya que, doctrinarios argentinos como la autora Gladys Romero, han dedicado capítulos de sus obras para tratar las diferentes inquietudes que de la estafa en triángulo se derivan ya en el campo doctrinario, ya en el campo práctico. En lo que respecta a nuestra realidad, poco o nada se ha desarrollado sobre el tema en la doctrina, o en la jurisprudencia de nuestro país. No se ha analizado los elementos constitutivos que deben darse para que se pueda configurar una estafa triangulada, tampoco se analiza las diferencias que se presentan al contraponerla con la estafa tradicional, y peor aún no se ha examinado si nuestra legislación contempla expresamente la estafa en triángulo, concatenando este asunto con los principios del derecho penal recogidos tanto

en nuestra Constitución y las leyes penales, como lo son el principio de legalidad, la prohibición de interpretación extensiva, el principio de interpretación literal o estricta, la prohibición de analogía. Por tal motivo, es imperioso realizar un estudio y análisis exhaustivo para resolver y contestar las inquietudes que se dan en torno a la estafa triangular.

1.3. La insuficiencia del concepto tradicional de estafa para resolver los casos de estafa triangulada.

La originaria concepción del delito de estafa, que veía en esta categoría únicamente la relación entre el sujeto que realiza el engaño y el sujeto engañado que también era quien sufría el perjuicio patrimonial, es insuficiente para resolver los casos de estafa en triángulo que en la práctica se presentan con mucha continuidad.

Por ejemplo, cuando una empresa “X” (sujeto activo del delito), cuya situación económica es grave, y por ende, la quiebra de la misma es inminente; ésta empresa agobiada por las deudas contraídas, solicita un préstamo al Banco Pichincha, para ello falsea los datos de su contabilidad. La institución financiera que está representada por una persona natural, empleado (engañado-disponente) quien cae en error a causa del engaño y concede el préstamo; sin embargo, la empresa “X”, conocía y quería realizar todos los elementos del tipo de estafa, por lo que, consiente de su imposibilidad de pagar el préstamo, engaña al empleado de la institución financiera, en consecuencia este cae en error y realiza una disposición patrimonial perjudicial, que en definitiva afecta patrimonialmente a la Institución Financiera (sujeto pasivo, perjudicado, dueño del patrimonio).

Una persona llamada “X” (sujeto activo del delito), hurta una tarjeta de crédito a una persona “Y”, sin que este se dé cuenta, ese mismo día altera la tarjeta y falsifica la firma para así realizar compras en un establecimiento comercial, la persona que está a cargo del establecimiento “Z” (engañado-disponente),

engañado realiza una disposición patrimonial que perjudica en definitiva al banco o a la institución de crédito que concedió la tarjeta (sujeto pasivo, perjudicado, dueño del patrimonio).

Una persona llamada Juan Pérez (sujeto activo del delito) con dolo y ánimo de obtener un beneficio patrimonial, y desplegando un sin número de engaños y ardidés, le solicita a otra persona llamada Fernando Castro (sujeto engañado-disponente pero no dueño del patrimonio) que invierta en un negocio el cual va a generar una rentabilidad del cincuenta por ciento, Fernando Castro a base de engaños y creyendo erróneamente en lo afirmado por Juan Pérez, entrega a este último treinta mil dólares, realizando así una disposición patrimonial, sin embargo, el dinero que Fernando Castro entrega, no le pertenece, ya que, el dueño o titular legítimo de este patrimonio es otra persona llamada Jorge Albán (sujeto pasivo del delito y titular del patrimonio agredido) quien al irse de viaje le había encargado el dinero con la indicación de que lo invierta en un buen negocio (relación que debe existir entre el sujeto engañado con el sujeto pasivo y el patrimonio afectado).

Con estos ejemplos, se ha demostrado varios supuestos en los que puede concurrir una estafa en triángulo, en la cual el dueño del bien afectado no realiza la disposición patrimonial lesiva a favor del sujeto activo (engañador), sino que es otra persona un tercero actuante el que decide el perjuicio del titular del bien objeto de disposición.

Así, también ponemos de manifiesto las diferencias y particularidades que esta estafa triangular tiene respecto de la estafa clásica, ya que, se puede observar en primer lugar un distinto componente en la una y en la otra, la estafa clásica requiere la presencia sólo de dos sujetos y en la estafa en triángulo necesariamente debe haber o coexistir tres sujetos, y estos sujetos deben desempeñar papeles diferentes y esenciales.

En segundo lugar, el sujeto pasivo deberá llevar a cabo la acción típica de engañar, pero esta acción de engaño debe necesariamente recaer en un sujeto

diferente al dueño legítimo del patrimonio lesionado es decir sobre el sujeto engañado y disponente, quien a causa del engaño debe caer en error decidiendo así la realización de una disposición sobre un determinado bien, por lo que, la afectación no la debe sufrir el engañado-disponente sino una persona diferente; esto en contraposición de lo que sucede en la estafa clásica en la cual el sujeto activo dirige su engaño en contra de otra persona que es el engañado el disponente y en definitiva el afectado, decidiendo así el mismo engañado su propio perjuicio claro esta a causa de engaños y por error.

Como tercer punto diferenciador, en la estafa triangulada debe existir un componente que en la estafa clásica no se presenta, esto es la relación o vínculo que debe darse entre el sujeto engañado y disponente y el patrimonio dañado. Este elemento es de suma importancia ya que, por medio de este se puede concluir la configuración de una estafa en triángulo. Al efecto y como lo vamos a detallar en capítulos posteriores, este particular debe ser estudiado con profundidad, ya que, en doctrina se han expuesto diferentes teorías sobre el tema.

1.3.1. Esquema explicativo de la configuración de la estafa en triángulo.

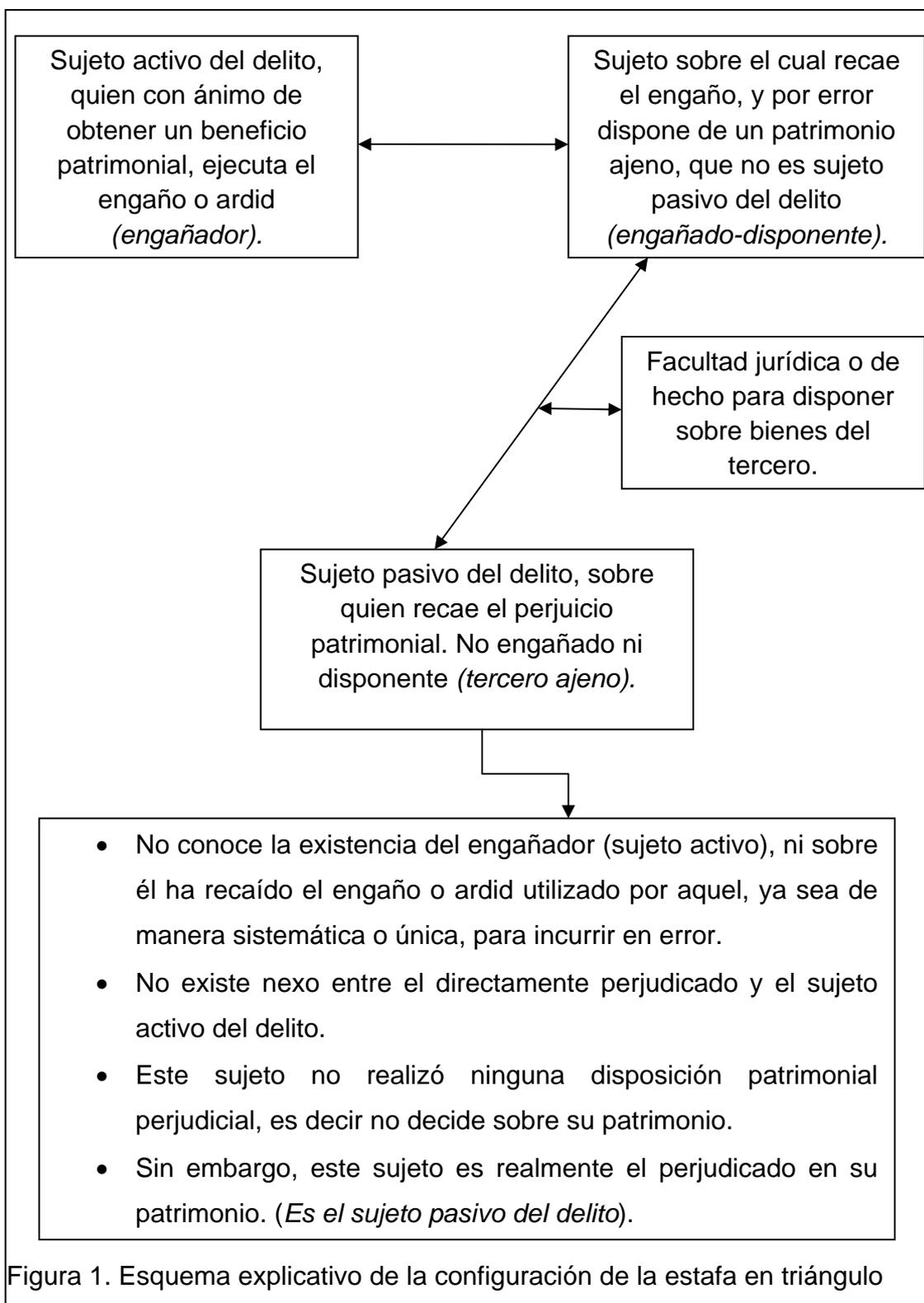


Figura 1. Esquema explicativo de la configuración de la estafa en triángulo

Ante estos supuestos, nace la necesidad de tratar la relación, los elementos y componentes distintivos que surgen en el supuesto de hecho en el que una persona (A), con ánimo de obtener una ventaja patrimonial, con conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito en cuestión, engaña a otra persona (B), para que, ésta realice la disposición de determinados bienes, que en realidad pertenecen a un tercero (C), que es ajeno a la relación que se da entre A y B, y quien en definitiva es el que sufre el daño, es decir, el perjuicio patrimonial. En este supuesto estamos frente a una estafa triangular.

Se ha observado que, el delito de estafa ha sido regulado desde tiempos muy remotos, pero, que fue en Roma cuando este tipo delictual toma verdadera importancia y se desarrolla el tema un poco más. Sin embargo, es en Francia con los Burgueses que se evidencia una imperante necesidad de regular la estafa, ya que, son precisamente la clase Burguesa de la época quienes hábilmente engañaban a las personas para así tener un provecho o beneficio en su favor. Al respecto Zavala Baquerizo 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*”. (1988, pág. 87)

De conformidad a lo mencionado, se evidencia que la estafa es un tipo delictivo cambiante, que evoluciona conforme avanza la tecnología, la sociedad, y en sí el desarrollo del hombre, por ende, es importante y necesario que las leyes vayan desarrollándose conforme avanza la creatividad del ser humano, cuyo ingenio en no pocas veces hace que la ley sea insuficiente para determinar la responsabilidad y sancionar a los responsables. Como es el caso de la estafa

en triángulo en la cual, el ingenio de un individuo, logra engañar a una persona cuya disposición patrimonial afecta a otra, consiguiendo así que el engaño no sea directo al perjudicado patrimonial, sino que hace recaer el engaño en un tercero que no es dueño del patrimonio. Estos supuestos en la práctica adquieren una gran relevancia, ya que, se debe analizar los componentes que se deben dar para la concurrencia de este injusto, realizando un ejercicio intelectual en el cual se debe aplicar lo dispuesto en la Constitución y en la normativa penal, para así examinar en primer lugar, que sí el engaño no se lo realizó de forma directa al afectado patrimonialmente, no existió entonces relación alguna entre el sujeto activo y la persona que se considera ofendida o directamente afectada; segundo, que la persona sobre la cual recayó el engaño no es el dueño del patrimonio menoscabado, empero, es éste el que decide un perjuicio patrimonial claro que a causa de engaño y por error.

Sin embargo, aunque el titular de cierto patrimonio dañado, no haya sido engañado ni haya derivado en error por lo que tampoco pudo realizar ninguna disposición lesiva; en estos supuestos no se puede dejar de apreciar que realmente existió un perjuicio que recayó sobre este tercero ajeno. En este sentido, la legislación del Ecuador debe prever tales supuestos de forma expresa para que el sujeto verdaderamente afectado tenga la posibilidad de reclamación sin peligro de que su caso no se resuelva al no comprobarse el engaño directo, elemento fundamental y constitutivo del delito.

1.4. Elementos Esenciales del delito de estafa tradicional.

1.4.1. Elementos Subjetivos.

1. Ánimo de lucro:

Este elemento subjetivo especial debe entenderse como “el propósito por parte del infractor de obtener una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia” (Arroyo, 2005, pág. 20).

“La presunción como regla general, de la existencia del ánimo de lucro en la estafa no es más que el propósito que persigue el sujeto cuando lleva a cabo o intenta llevar a cabo la acción típica, por lo que dicho propósito constituye un hecho psicológico que es un hecho íntimo propio de la conciencia, nunca del todo objetivable o, cuando menos difícilmente objetivable, por lo tanto dicho ánimo deberá deducirse de los datos o circunstancias que concurren en el hecho mismo” (Arroyo, 2005, pág. 21).

En referencia al componente subjetivo como elemento constitutivo del delito de estafa, nuestra legislación sustantiva penal de 1938 que sigue en vigencia, establece este en su artículo 563 cuando manifiesta la frase “con el *propósito de apropiarse*” (Código Penal, 2012). En este sentido, Zavala Baquerizo explica que:

“Lo que quiere decir nuestra legislación es que no sólo la acción ejecutiva del agente tiende a lesionar la propiedad ajena, sino que además, si el ánimo especial de dicha acción ejecutiva no tiene por finalidad apropiarse de la cosa, es decir hacerla ingresar en el patrimonio del autor, el delito de estafa no se consuma, aunque se reúnan los demás elementos del tipo. Agrega el autor que el que ejecuta maniobras fraudulentas para que se le entregue una cosa a fin de usar de ella y luego devolverla, no comete el delito de estafa, pues el fraude no ha tenido por finalidad desapoderar al paciente de la cosa, ni correlativamente, ingresarla en el patrimonio del autor, sino la de usar de la cosa, pero con el ánimo de restituirla, después de haberla usado”(Zavala, 1988, pág. 104).

En este aspecto, es necesario aclarar que en nuestro Código Penal de 1938, aun en vigencia, no se utiliza como uno de los elementos constitutivos de la estafa el “ánimo de lucro”, sino que se menciona al “ánimo de apropiación”. No obstante y como lo veremos en apartados posteriores, el Proyecto de Código

Orgánico Integral Penal, establece lo que nosotros entendemos como ánimo de lucro, ya que, este dispone que en la estafa el sujeto activo del delito debe querer obtener un beneficio patrimonial.

2. El dolo en el delito de estafa:

Indudablemente el tipo penal de estafa es doloso. Este “(...) es el querer – dominado por el saber (Terragni, 2009, pág. 25). En este sentido:

“Partiendo de un concepto de dolo como el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, es necesario en el caso de la estafa que el autor conozca y tenga la voluntad de engañar y ocasionar un perjuicio patrimonial, ya que la causación imprudente de un daño o perjuicio al patrimonio ajeno puede encontrar relevancia en el campo del Derecho Civil, pues es evidente que estos casos quedarían fuera del alcance del Derecho Penal” (Donna, 2007, pág. 400).

Francisco Muñoz Conde manifiesta que “(...) dentro del tipo subjetivo se requiere además, *del ánimo de lucro*, el dolo, que debe abarcar o referirse a los elementos objetivos, es decir, al engaño, al error, a la disposición patrimonial y a la causación de un perjuicio (...)” (Muñoz, Derecho Penal Parte Especial, 2009, pág. 400).

En consecuencia con lo expuesto, es necesario dilucidar si en el caso concreto del delito de estafa clásica y en triángulo es necesaria la presencia del dolo directo o basta con el dolo eventual para que se configure el tipo penal. Para llegar a una conclusión es indispensable establecer los conceptos de dolo directo, indirecto y eventual.

Dolo directo de primer grado: En este “el resultado es el fin que el agente se proponía” (Nuñez, 1998, pág. 113).

Dolo directo de segundo grado: En el que “la conciencia y voluntad que el autor tiene, no respecto al resultado que realmente le interesa, sino a aquellos otros resultados que deben producirse necesariamente para alcanzar la meta deseada” (Nuñez, 1998, pág. 113).

Dolo eventual: “En el que al autor se presenta el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización” (Nuñez, 1998, pág. 113). Sobre el tema, la doctrina se encuentra dividida, Arroyo de la Heras sostiene que:

“El sujeto activo del delito, actúa con dolo eventual cuando, el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea pero que consiente el resultado lesivo de la acción, lo asume y lo toma a su cargo voluntariamente, con conocimiento de su significación antijurídica, por lo que este autor manifiesta que atendidas las anteriores consideraciones, parece evidente la posibilidad de la comisión del delito de estafa mediante dolo eventual. *Para defender su postura Arroyo afirma que por ánimo de lucro (...) debe entenderse no sólo el mero provecho económico, sino también el enriquecimiento, la ganancia o, en definitiva, la ventaja patrimonial del agente o de un tercero, dice además que el ánimo de lucro deberá concurrir en el momento de la acción, sin que se requiera su prolongación en el tiempo con posterioridad a la consumación del delito, de tal suerte que el arrepentimiento o reparación del daño posterior a dicha consumación no elimina el ánimo de lucro aunque pueda tener efectos atenuantes*” (2005, pág. 22).

En contraste con lo afirmado por Arroyo de la Heras, Donna sostiene que:

“El delito de estafa exige el dolo directo y no admite el eventual. Ya que la estructura del tipo es marcadamente intencional, el agente es consciente y quiere engañar por medio de manifestaciones falsas, representándose el resultado de su conducta, y obrando con la finalidad

especial de obtener un lucro indebido. Además del dolo es necesario que el sujeto obre con la intención de obtener un beneficio patrimonial”(2007, pág. 401).

“Si bien en el dolo eventual el autor también se decide contra el bien jurídico protegido por el tipo, esto parece incompatible con la idea misma de la defraudación, que exige el despliegue de un ardid o engaño destinado a perjudicar a la víctima y al logro de una ventaja patrimonial” (Donna, 2007, pág. 401).

Sobre el tema, Conde - Pumpido Ferreiro manifiesta que “(...) la admisión de dolo eventual es incompatible con la exigencia del ánimo de lucro, pues este solo es real cuando el sujeto es realmente consciente de su actitud engañosa y pretende obtener un enriquecimiento injustificado (...)” (Ferreiro, 1997, pág. 99).

No obstante, cabe aclarar que, en la legislación ecuatoriana sólo se admite como elemento subjetivo del injusto, al dolo directo. Quedando así excluida la posibilidad de cometimiento de la estafa mediante dolo eventual.

1.4.2. Elementos Objetivos

1. El Engaño y el Ardid:

El engaño y el ardid son los elementos más significativos, requisitos fundamentales y definitorios del delito de estafa. “(...) Este factor viene a individualizar a la estafa frente a las restantes infracciones patrimoniales, cuyo denominador común consiste también en un enriquecimiento ilícito” (Arroyo, 2005, pág. 22).

El ardid y el engaño hacen referencia a la acción del sujeto activo y consiste en una “simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias

personas” (Muñoz, 2009, pág. 394). En palabras de Donna el engaño “es la falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace” (2007, pág. 336).

Sobre este asunto, existen dos formas de concebir el delito de estafa, en primer lugar mediante un criterio limitado del engaño, y en segundo lugar mediante un criterio amplio, cada una de estas posiciones cuentan con solidas bases en doctrina y en jurisprudencia que respaldan su postura.

a) Criterio limitado

Esta teoría sostiene que “el engaño como elemento típico fundamental exige una especial maquinación o puesta en escena” (Donna, 2007, pág. 337). Por lo que, se entiende que el autor del delito debe realizar una actividad destinada a falsear la realidad, por lo tanto, las simples palabras no serian suficientes si el sujeto activo no actúa distorsionando la realidad. “Esta teoría fue tomada de Cucumus, que los franceses la llamaron *mise en scène*, y que luego fue recogida en Italia por Carrara” (Donna, 2007, pág. 338).

b) Criterio amplio

En contraposición con la teoría anterior, según el criterio amplio se considera que para la “(...) existencia del delito de estafa es suficiente cualquier forma de engaño que sea idóneo para inducir a error a la víctima, sin que en todos los casos sea exigible el despliegue de alguna maniobra o actividad fraudulenta exterior (...)” (Donna, 2007, pág. 340). Por lo que, según esta teoría cualquier forma de engaño basta para que se configure el delito de estafa, con tal que este haya sido el causante del error en el sujeto engañado y que por este se genere un daño patrimonial.

Donna establece una diferenciación entre el ardid y el engaño que sirve para dilucidar el problema que se genera en torno a sí es o no determinante para que se pueda hablar del delito de estafa la existencia de una especial maquinación o puesta en escena. El autor dice que:

“El ardid es entendido como el empleo o utilización de medios artificiosos para deformar la realidad, ya sea simulando aquello que no existe u ocultando lo que existe. Por engaño en cambio se debe considerar a la utilización de palabras destinadas a convencer, o dicho de otra forma, a la mentira adornada de razonamientos idóneos para hacerla pasar por verdad” (Donna, 2007, pág. 341).

En consecuencia de lo anterior, se llega a la siguiente conclusión: que el ardid requiere que el sujeto activo del delito realice determinados actos para así lograr distorsionar la realidad externa, que luego se la va a presentar al engañado como cierta. El engaño se refiere a la influencia del sujeto activo en la psiquis del engañado para lograr su cometido, logrando en el engañado la creencia de que la realidad que se le presenta es verídica o fidedigna.

En nuestra opinión, nos parece correcta la teoría del criterio amplio, ya que, no es necesario la existencia de una maquinación especial o maniobra exterior entendiéndola en el contexto de ardid definido con anterioridad, pues, no siempre se presentara tal, porque en algunos casos bastara la influencia en la psiquis del sujeto engañado para que este caiga en error, realice la disposición de bienes y por consecuencia exista un perjuicio patrimonial. No obstante, es imprescindible desarrollar algunas limitaciones, teniendo en cuenta el principio de mínima intervención que es esencial en el campo del derecho penal. Al respecto, Donna manifiesta que:

“Una forma de limitar el concepto amplio de engaño puede hallarse en las tesis que asientan la estafa en la quiebra de la buena fe en el tráfico. Para determinar si existe o no estafa, habrá que analizar si la conducta llevada a cabo por el autor puede ser caracterizada como engaño fraudulento, según las costumbres sociales vigentes en el tráfico o en la actividad que se está desarrollando” (Donna, 2007, pág. 343).

Requisitos del engaño y del ardid.

a) Precedente o concurrente:

El engaño debe ser “(...) anterior o coetáneo al acto de disposición del sujeto pasivo, ya que, en el concepto mismo de estafa, el engaño aparece como causa del error que motiva el acto de disposición por el que el perjuicio se produce (...)” (Arroyo, 2005, pág. 24). Este requisito es de suma importancia tanto en el delito de estafa tradicional y en la estafa en triángulo, ya que, de esta manera quedaría demostrado que el sujeto activo conocía las circunstancias particulares del sujeto pasivo y que entendía los elementos objetivos del delito de estafa. De esto se desprende que el autor de la estafa actuó dolosamente, puesto que, sabía que lo que afirmaba era del todo falso.

b) Bastante:

Esto quiere decir, que el engaño para ser bastante debe ser:

“Suficiente y proporcional para inducir a error y conseguir así los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, debiendo tener una adecuada entidad para que, en la convivencia social, actué como estímulo eficaz del traspaso patrimonial” (Arroyo, 2005, pág. 27).

Por lo tanto, es necesario que el engaño sea idóneo para que la víctima del delito a causa de este engaño caiga en un error. En consecuencia con lo expuesto, el engaño evidentemente burdo o rustico que sea incapaz de hacer caer en error a una persona intelectualmente centrada según el ámbito social en el que se desenvuelve, no puede ser considerado idóneo o bastante, al igual que no puede considerarse bastante el engaño que tenga eficacia gracias a la negligencia del sujeto pasivo.

En todo caso, el engaño debe ser valorado tomando en cuenta en primer lugar, los elementos objetivos, como el grado de probabilidad de que el engaño tenga eficacia, y en segundo lugar, los elementos subjetivos, puesto que, se debe

evaluar las condiciones intelectuales, culturales, personales tanto del sujeto que realiza el engaño como del sujeto engañado.

2. El Error:

Este también es un elemento configurador del delito de estafa y “consiste básicamente en la situación intelectual, provocada por el engaño, que supone una discordancia entre la representación de la realidad por parte del sujeto pasivo y la realidad misma” (Arroyo, 2005, pág. 30). Se precisa de la producción de un error esencial en el sujeto pasivo que puede revestir dos formas:

“La primera hace referencia a un desconocimiento o ignorancia de un hecho o dato real, a este error se le suele llamar impropio. La segunda forma de error se da cuando existe un conocimiento deformado o inexacto de la realidad, la creencia equivocada de un hecho o dato de la realidad, a este error se lo llama propio” (Arroyo, 2005, pág. 30).

Donna expresa que “el error se trata de un estado psicológico provocado por el autor del delito” (2007, pág. 361).

Romero opina que “el error para que sea relevante debe haber sido causado por el engañado y motivar la disposición patrimonial injusta, por lo que concluye, el error debe ser esencial y determinante” (Donna, 2007, pág. 362). Analizando el tema en cuestión se observa la necesidad de la existencia de un nexo entre el engaño y el error. Por lo tanto, pensamos que como regla general el engaño debe ser anterior al error del sujeto pasivo, ya que, el engaño debe ser la causa del error, y en este aspecto se demuestra la relación que siempre debe haber entre el engaño y el error en el delito de estafa.

Es importante recalcar la importancia que tiene el error como elemento objetivo del tipo penal de estafa, ya que, con esto se pone de manifiesto que el sujeto pasivo a causa del engaño cae en error y por esto colabora a favor del

engañador, realizando una disposición patrimonial. Este aspecto constituye un tinte que diferencia a la estafa de los demás delitos contra la propiedad.

3. Disposición patrimonial:

Otro de los elementos objetivos del delito de estafa es la disposición patrimonial que “ (...) debe ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial (...)” (Arroyo, 2005, pág. 31).

Para Muñoz Conde la disposición patrimonial es la “(...) entrega de una cosa o la prestación de un servicio; lo mismo da que consista en un hacer (realizar un pago) que en un omitir (renunciar a un crédito) (...)” (2009, pág. 397).

“La disposición patrimonial debe ser realizada por la misma persona inducida a error y como consecuencia de éste a causa del engaño, de tal suerte que para que la acción tenga relevancia penal, será necesaria la identidad entre el engañado y el que realiza el acto de disposición patrimonial”(Arroyo, 2005, pág. 32).

En concordancia con este orden de ideas, es necesario que el sujeto que sufre el engaño y el sujeto que realiza el acto de disposición patrimonial sean la misma persona, de lo contrario si estos sujetos son distintos no se configuraría la relación medial indispensable entre el engaño, el error y el acto de disposición patrimonial. Pero, en cuanto el sujeto activo del delito “(...) este siempre debe ser una persona distinta al sujeto engañado y que realiza la disposición patrimonial (...)” (Arroyo, 2005, pág. 32).

4. Perjuicio patrimonial:

Este elemento es la consecuencia directa de la disposición patrimonial a favor del sujeto activo del delito. Para analizar el presente elemento es necesario establecer el concepto de patrimonio que según el criterio mixto se entiende

como “el conjunto de bienes o derechos con valor económico, que gozan de protección jurídica, y que no se hallan en contradicción con el sistema de valores fundamentales de la Constitución y del orden jurídico en general (Donna, 2007, pág. 391).

“Por lo tanto, el perjuicio es una disminución del valor económico del sujeto pasivo, consecuencia de un ataque fraudulento a uno o varios elementos que lo integran, para determinarlo, se debe comparar la situación patrimonial de la víctima antes y después del acto de disposición determinado por el error. Sin embargo, únicamente deben considerarse los perjuicios causados directamente por el acto del engañado, sin tomar en cuenta los efectos que se puedan producir en forma mediata” (Donna, 2007, pág. 392).

Por cuanto, “no puede hablarse aún de perjuicio en los casos en que la conducta del sujeto engañado se traduce únicamente en un peligro para el patrimonio, pues no estamos en presencia de un delito de peligro, aun concreto, sino de resultado” (Donna, 2007, pág. 392).

En torno al tema del perjuicio patrimonial es necesario realizar algunas aclaraciones, para así resolver los problemas que se presentan alrededor de esto.

A) La valoración subjetiva

Una primera cuestión se presenta cuando “efectivamente el acto de disposición se realiza como consecuencia del engaño pero, sin embargo la víctima recibe una contraprestación que económicamente resulta satisfactoria (...) (Donna, 2007, págs. 392-393).

Donna desarrolla un ejemplo con el cual se explica lo mencionado dice:

“Supongamos que el sujeto engañado compra un collar creyendo que las joyas son originales (...) pero en realidad está pagando el precio justo de mercado para la clase de producto que efectivamente adquiere. Este autor manifiesta que la estafa constituye un delito contra el patrimonio, de modo que lo resguardado por el tipo penal no es la lealtad comercial o la buena fe en los negocios sino el patrimonio del engañado” (2007, pág. 393).

Este pensamiento está alineado a un concepto puramente económico del patrimonio, por lo que, de los casos analizados donde la víctima del engaño ha recibido una contraprestación a la que llaman “económicamente satisfactoria”, se debería necesariamente excluir la existencia del delito de estafa.

Por otro lado, la corriente que defiende una concepción mixta (económica – jurídica) del patrimonio manifiestan 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. *Ya que*, está claro que, de haber sabido las verdaderas cualidades de la cosa, la víctima no la hubiera adquirido (Donna, 2007, pág. 393).

En cuanto al perjuicio patrimonial se vislumbran algunas inquietudes como el caso de las expectativas o ganancias futuras, sobre el tema algunos doctrinarios como por ejemplo Donna manifiestan que:

“Las expectativas integran el patrimonio, y, por lo tanto, pueden ser objeto del delito, siempre que se den dos condiciones. La primera es que deben tener su origen en una situación jurídica reconocida, como pueden ser las ganancias derivadas de una actividad comercial (...). Y la segunda que deben gozar de cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación, de modo que no pueden incluirse las

meras esperanzas o proyectos cuyos resultados no pueden afirmarse con un mínimo de seguridad” (2007, pág. 395).

Sobre el asunto, Conde - Punpido Ferreiro sostiene que:

“Se debe diferenciar las esperanzas y las expectativas. Si el beneficio esperado depende de alguna alea incierta, como la herencia futura o las ganancias del juego, no cabe valorar su ausencia como perjuicio. Pero si se trata de expectativas ciertas, en las que lo único aleatorio es el cuándo o momento de su producción, la defraudación que afecte a esas expectativas originará un perjuicio e integrará una estafa” (Ferreiro, 1997, pág. 160).

1.4.3. Consumación

En referencia a la consumación del delito de estafa, la doctrina no es unánime en cuanto al momento de la consumación de este tipo delictivo, frente a esto, doctrinarios han elaborado y mantienen diferentes posturas.

Algunos autores tales como el español Francisco Muñoz Conde y el argentino Alberto Donna son partidarios de la tesis que sostiene que “(...) la estafa es un delito contra el patrimonio por lo tanto, se consuma con la producción del perjuicio patrimonial; por lo que no es preciso que se haya producido el correspondiente provecho (...)” (Muñoz, 2009, págs. 402-401).

Respecto a este tema el autor español Alfonso Arroyo de las Heras, manifiesta que el momento de la consumación se da cuando:

“Se realiza la totalidad de los elementos del injusto y se produce el resultado típico, esto es, el desplazamiento patrimonial con el consiguiente perjuicio, por una parte, y enriquecimiento, por otra. *De las Heras agrega que es de advertir que no siendo el delito de estafa un*

delito de mera actividad, sino, como es evidente, de resultado, el mismo no se consuma hasta que no se produce el objetivo pretendido por el autor, es decir el desplazamiento patrimonial que permita al agente la disponibilidad del beneficio ilícitamente obtenido, (...) debiendo calificarse, en otro caso, la conducta como constitutiva de un delito de estafa en grado de tentativa acabada” (Arroyo, 2005, pág. 52).

Otra precisión que es necesaria hacer, es que la causación de un mero peligro para el patrimonio no es suficiente, por lo tanto, si únicamente el sujeto activo obtuviese de la víctima una promesa u obligación de llevar a cabo la prestación, no existiría la consumación del delito de estafa.

1.4.3.1. Análisis de la consumación en la legislación ecuatoriana

Es importante considerar el aspecto de la consumación en referencia a nuestra legislación penal sustantiva, por lo que, es preciso analizar ¿si el tipo de estafa, en nuestra legislación exige la sola entrega de la cosa o el perjuicio efectivo para determinar el momento de la consumación del delito? Ya que, si nuestra ley penal solo exigiera la entrega de la cosa, el delito de estafa quedaría consumada en el momento en que, la víctima hace la tradición de la cosa, a consecuencia del error al que fue inducida por el sujeto activo del tipo delictual. No obstante si nuestra ley penal exigiera el provecho del autor o sujeto activo, la estafa sólo se consumaría en el momento en que, realizada la tradición, el autor logra efectivamente el provecho perseguido.

Tomando en cuenta que la estafa es un delito de daño, que recae sobre el patrimonio ajeno, que es en definitiva el bien jurídico protegido en este delito, se llega a la conclusión que para nuestra legislación se produce el daño cuando se realiza la tradición de la cosa, pues, para nosotros el daño esta efectuado con la sola entrega, por lo que, realizada esta, se asume que se ha causado un perjuicio por un lado y por otro el autor ha tenido el beneficio

patrimonial propuesto, sin entrar a indagar si ciertamente el sujeto activo ha dispuesto efectivamente de lo obtenido ilícita e injustamente.

1.4.4. Tentativa

Es menester en primer lugar, entender que significa tentativa para lo cual hemos tomado la definición que de esta se hace en el Código Penal español, ya que, nos parece adecuada; el artículo 16.1 del cuerpo mencionado establece que:

“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pudiendo practicar todos (tentativa acabada) o parte (tentativa inacabada) de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, no produciéndose éste por causas independientes de la voluntad del autor” (Arroyo, 2005, pág. 49).

Una primera inquietud que surge al hablar de tentativa es, cuándo se entiende iniciada propiamente la ejecución del delito. Para responder esta inquietud hemos recogido la definición que Alfonso Arroyo de las Heras da para los actos propios de ejecución diciendo que son:

“Aquellos que por sí mismos constituyen un riesgo efectivo para el bien jurídico protegido, de suerte que, de no interrumpirse la cadena causal por ellos iniciada, el riesgo se concretaría en una verdadera y propia lesión”. (...) Consecuentemente, la determinación de la efectividad del riesgo deviene esencial, motivo por el cual la tentativa de estafa requiere el comienzo de la ejecución del engaño” (Arroyo, 2005, pág. 49).

Otra inquietud que surge es en referencia a la idoneidad de la tentativa, sobre esto se ha dicho que se debe tomar en cuenta un criterio objetivo.

“Ya que habrá tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, lo que quiere decir que será la conducta cuando la misma, objetivamente considerada, sea racionalmente apta para ocasionar el resultado” (Arroyo, 2005, pág. 50).

La idoneidad de la tentativa según nuestro entender, vendrá determinada por el peligro real que el bien jurídico protegido ha corrido, que en definitiva, constituye el fundamento de la misma, peligro que no significa seguridad de que el resultado se produzca, sino posibilidad de que así sean considerados los hechos objetivamente.

“Donna expresa que la tentativa se inicia con la ejecución de la conducta engañosa, pero es imprescindible que el ardid o engaño cumplan con todos los requisitos de idoneidad analizados. Por ello, si la acción no llega a vulnerar los usos y costumbres sociales vigentes en el tráfico, no es posible afirmar siquiera la tentativa, pues no puede decirse que haya habido un comienzo de la ejecución del delito” (Donna, 2007, pág. 403).

CAPÍTULO II

LA ESTAFA EN TRIÁNGULO

2.1. Conceptualización de la estafa en triángulo

Sobre este tema los doctrinarios han elaborado varios conceptos para definir así a la estafa triangular unos han dicho que esta se da cuando:

“(…) El autor o sujeto activo no engaña al que tendría que realizar el acto de disposición patrimonial, sino a quien tiene poder, otorgado por el otro titular, por los usos sociales o comerciales o por disposición legal, para realizar, en nombre del titular del patrimonio perjudicado, el acto de disposición” (Arroyo, 2005, pág. 33).

De lo que se desprende que la persona sobre la cual recae el engaño y que por causa de esto realiza una disposición patrimonial en la estafa triangulada, es distinta a la persona que efectivamente recibe el daño, ya que, la disposición patrimonial que realiza el engañado no perjudica a su patrimonio sino que recae sobre el patrimonio de un tercero recibiendo este el perjuicio.

Otros autores como María Luz Gutiérrez, han declarado que en la estafa en triángulo, “no existe identidad entre el sujeto engañado (sujeto de la acción y disponente) y el perjudicado (sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídico afectado)” (1991, pág. 516).

Alberto Donna cuando se refiere a la estafa en triangulo manifiesta que:

“En principio deben ser idénticos el engañado y quien realiza la disposición patrimonial. Pero a veces es posible, con relevancia penal, que en el hecho participen más personas y que esas dos partes sean distintas. Entonces el perjuicio patrimonial no lo sufre la persona

engañada, si no un tercero que sería el titular del patrimonio” (2007, pág. 381).

Hernández Basualto define a la estafa triangular como aquella en que el “(...) engañado realiza una disposición que no tiene efectos perjudiciales sobre su propio patrimonio, sino sobre uno distinto. O, aquella en que la disposición perjudicial no la realiza el titular del patrimonio afectado sino un tercero engañado (...)” (2010, pág. 202).

Además el doctrinario mencionado expresa que:

“La admisibilidad conceptual de una estafa triangular “surge del amplio consenso, tanto en Chile como en el extranjero, en torno a que el tipo de estafa sólo exige identidad entre engañado y disponente, pero no entre disponente y perjudicado, abriéndose en consecuencia la posibilidad de que el primero sea un tercero distinto del titular” (Hernández, 2010, pág. 202).

2.2. Elementos esenciales, constitutivos de la estafa en triángulo

2.2.1. Elementos Subjetivos

1. Dolo:

El tipo penal de estafa en triángulo, también es necesariamente doloso. “Partiendo de un concepto de dolo, como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo” (Donna, 2007, pág. 400), que en el caso que nos compete de la estafa en triángulo, se convierte en la exigencia que el autor conozca y tenga la voluntad de engañar y ocasionar un perjuicio patrimonial, obrando además con una motivación especial, que es el ánimo de lucro o ánimo de apropiación o en definitiva creemos que este elemento se debería traducir de mejor manera como el ánimo o fin de obtener una ventaja o beneficio patrimonial.

2. Ánimo de lucro y ánimo de apropiación:

Como ya se adelantó en el párrafo anterior, en la estafa en triángulo también se necesita que aparte del dolo se tenga un estímulo especial-adicional que como se expuso, en otras legislaciones como la argentina se entiende este como el ánimo de lucro, sin embargo, también se dijo que este elemento en nuestra legislación se la traduce en el ánimo de apropiación.

En este sentido se observa que debe existir una motivación especial por parte del autor, esta se refleja en la finalidad perseguida por el sujeto activo del delito, cuyo objetivo es la obtención de un beneficio patrimonial en detrimento del patrimonio de otro sujeto, es decir hacer ingresar en su patrimonio un bien perteneciente a otra persona; y que, en el caso que nos ocupa, este detrimento debe ser sufrido por un sujeto diferente a la persona que es engañada y que por tal causa realiza la disposición patrimonial dañosa.

2.2.2. Elementos Objetivos

1. Engaño y ardid:

Estos elementos como se ha mencionado son imprescindibles y diferencian este injusto de otros, cabe recordar que en nuestro país no se hace diferenciación entre el engaño y el ardid sino que sólo se hace mención a los “manejos fraudulentos”; particularidad que en el delito de estafa en triángulo, siempre debe estar presente, ya que, esto se convierte en el nexo entre el error, que provoca la disposición patrimonial y por lo tanto finaliza en un perjuicio patrimonial que es evidentemente sufrido por otro. Estos son la causa que provoca el error en el sujeto engañado y disponente, y por ende motivan a la persona mencionada a decidir erróneamente, un perjuicio sobre un patrimonio ajeno. Por tanto, es indiscutible que la conducta engañosa del sujeto activo es determinante para la producción del delito de estafa triangular.

2. Error:

En la estafa triangular es obligatoria la existencia de un error esencial en el sujeto engañado, este error debe ser provocado por la conducta engañosa y los ardidés utilizados por el sujeto activo del delito, que ocasionan en el engañado una creencia errónea en cuanto a la situación presentada como cierta por el engañador que en verdad no concuerda con la realidad misma. Así también, este componente de la estafa triangular llega a ser un vínculo, la línea que une al engaño y ardid con el desplazamiento patrimonial dañoso que se da a favor del sujeto activo del delito.

3. Disposición patrimonial:

Este elemento debe ser entendido como el acto que realiza la persona engañada, que ha caído en error a consecuencia del engaño, y que por tal situación realiza una disposición de bienes ajenos bajo su poder, a favor del sujeto activo del delito y resulta en un perjuicio para un tercero ajeno a la relación existente entre el engañador y el engañado.

4. Perjuicio Patrimonial:

Como se mencionó, el perjuicio patrimonial es la consecuencia directa del acto de disposición patrimonial que como se explicó en el caso de la estafa en triángulo tal disposición a favor del sujeto activo del delito la realiza el sujeto engañado, sin embargo, el perjuicio patrimonial no recae sobre la persona engañada sino que este tiene efecto y lesiona al patrimonio de una tercera persona ajena a la relación que se da entre el engañador y el engañado.

5. Relación entre el sujeto engañado-disponente y el sujeto perjudicado patrimonialmente:

En la estafa en triángulo por su naturaleza y teniendo en cuenta los componentes constitutivos mencionados de este tipo penal, se hace imperioso analizar un elemento extra que como afirma Tiedmann “es relevante la especial relación del engañado y de aquel que se perjudicó en su patrimonio” (Donna, 2007, pág. 382).

En concordancia con lo mencionado, se debe analizar varios temas; por un lado, se debe estudiar el alcance del poder otorgado por el sujeto efectivamente perjudicado al sujeto engañado y en este sentido, ya que nos surge una interrogante, debemos considerar qué vinculación deberá existir entre el que dispone y el patrimonio ajeno lesionado, puesto que, este aspecto es definitorio y esencial en la formación del tipo penal de estafa triangular. En torno a esto se han desarrollado varias teorías que por un lado avalan la necesidad de un poder (jurídico) suficiente entregado al sujeto engañado para que se constituya una estafa en triángulo y otras que concluyen que tal poder no es necesario para el cometimiento de la estafa en mención, bastando una relación especial de hecho.

a) Teoría de la legitimación jurídica o teoría de la autorización:

Los partidarios de esta teoría, afirman que “(...) para que la disposición sobre un patrimonio ajeno pueda ser constitutiva del delito de estafa *en triángulo*, es necesario que el tercero ejerza un poder, en sentido jurídico, de disposición sobre el patrimonio ajeno” (Donna, 2007, pág. 383).

“Samson considera que lo esencial es la eficacia jurídica de la disposición. Por lo tanto, no es decisiva la pura cercanía fáctica del que dispone con relación a la cosa ajena sino la autorización que tenga para decidir sobre la cosa ajena. *Agrega el autor*, de esta manera, sólo debe aceptarse una disposición cuando el que dispone ha sido apoderado por el titular de la custodia para la transferencia o eliminación de dicha custodia” (Romero, 2007, pág. 204).

Entre los defensores de esta teoría se encuentra Pedrazzi, quien afirma que en este asunto, “existe un problema de legitimación, y para que se pueda hablar de estafa en triángulo, el acto no sólo debe poseer eficacia jurídica, sino que debe ser lícito” (Donna, 2007, pág. 383).

Según esta teoría, el acto de disposición preciso en la estafa *en triángulo* debe ser llevado a cabo por una persona con poder o capacidad jurídica de disposición a los efectos del Derecho civil.

En concordancia a lo enunciando, Antolisei ha “afirmado que el sujeto pasivo del engaño no puede ser cualquier persona, si no la que se encuentre en una situación jurídica tal que pueda cumplir el acto de disposición” (Donna, 2007, pág. 383). Por lo tanto, para que se configure una estafa triangular a la luz de esta teoría es necesario que la persona que realiza el acto de disposición esté facultada jurídicamente por el dueño del patrimonio para realizar tal disposición, de tal manera que este acto sea equivalente al acto que hipotéticamente, hubiera realizado el perjudicado.

De lo expuesto por esta teoría se concluye que, todo supuesto en el que una persona sin legitimación jurídica para disponer sobre los bienes de otro, pero que se encontraba de hecho en una situación tal que podía incidir sobre ciertos bienes, y que, inducido por el engaño, deviene en error y efectúa una disposición patrimonial que ocasiona el perjuicio patrimonial de un tercero ajeno, no constituye una estafa triangular, sino que, según esta teoría “(...) el tratamiento que se le debería dar a este supuesto es el de hurto mediante autoría mediata o apropiación indebida. En cuyo caso el sujeto engañado-disponente, asumiría la condición de autor inmediato” (Gutierrez, 1991, pág. 516).

b) Teoría de la situación:

Sostiene que, cuando el “engañado no es el titular del patrimonio, sólo se requiere la existencia de una especial relación entre quien lleva a cabo el acto de disposición con la cosa u objeto de disposición, es decir con el patrimonio ajeno agredido” (Donna, 2007, pág. 383).

“De este modo, puede disponer aquella persona que se encuentra fácticamente más cerca de la cosa ajena que el autor, es decir, en la

posición del lesionado. El engañado habrá de estar en la posición o esfera de la víctima, teniendo en conjunto con ésta, la custodia de la cosa” (Romero, 2007, págs. 202-203).

Por consiguiente, la teoría de la situación supone los siguientes elementos:

- Una relación cercana objetiva entre el que dispone y la cosa.
- El que dispone debe ser coposeedor de la custodia de la cosa.
- La conciencia de la disposición. Si el sujeto no tiene conciencia de que él incumple con la custodia, habrá hurto (Romero, 2007, pág. 203).

De ser así, en esta teoría para que se configure una estafa triangulada, basta que la persona que realiza la disposición, esté en condiciones de disponer efectivamente sobre el patrimonio ajeno, es decir, que se encuentre relacionado con la cosa por una mera situación de hecho.

En afinidad a lo manifestado, se encuentra parte de la doctrina alemana que “(...) no exige la eficacia jurídico-civil del acto, sino que trata de determinar cuál es el contenido y la amplitud de la relación del que dispone con el patrimonio afectado (...)” (Donna, 2007, pág. 383). Por lo que, en consecuencia de lo mencionado, Otto “(...) afirma que el que dispone debe estar situado subjetivamente dentro del marco de agresión al patrimonio que concibe el atacante (...)” (Maiulini, 2000, pág. 103).

Según la autora argentina Gladys Romero, quien ha desarrollado a profundidad este tema, manifiesta que disponer sobre el patrimonio significa que el sujeto tiene en sus manos el poder de determinar un incremento o disminución del mismo, afirmando que “la posición más correcta es la que considera que cada supuesto de hecho debe ser valorado y examinado a la luz de los elementos que componen el tipo penal de estafa *en triángulo* (2007, pág. 126). En esta dirección la “conducta del sujeto activo no debe ser una simple maniobra que posibilite el apoderamiento mediante la utilización mediata de un instrumento,

sino que debe tener el matiz fraudulento, propio de los delitos de estafa” (Donna, 2007, pág. 383).

También se habla de una previa relación especial del disponente con la cosa. *Que* se da cuando el engañado se encuentra en el mismo ámbito de poder al que pertenece el objeto de disposición (Maiulini, 2000, pág. 411).

En conclusión la autora argentina Gladys Romero después de haber realizado un análisis exhaustivo, menciona que:

“Para configurar el delito de estafa *en triángulo* no es imprescindible que el engañado y disponente sea el titular del patrimonio perjudicado. Pero sí es preciso que el engañado ocupe, respecto del patrimonio del tercero y sobre el cual dispone, una función de hecho o de derecho (según el caso), equivalente a la del titular del mismo” (Romero, 2007, pág. 204).

2.2.3. Toma de posición

Según nuestro criterio, la estafa en triángulo es el supuesto en el cual una persona (sujeto activo), con dolo y animo de obtener una ventaja patrimonial, emplea engaño bastante para inducir a una persona (engañado-disponente) que ostenta una facultad jurídica o de hecho frente a ciertos bienes, a que caiga en error y efectúe una disposición patrimonial que perjudica a un tercero (dueño-titular del patrimonio), pero que no tuvo en ningún momento alguna relación con el sujeto activo del delito.

Subsiguientemente, para nosotros no es obligatorio que el tercero actuante que no siendo dueño del patrimonio dañado, y que, sin embargo, ejecuta una disposición lesiva, deba tener un poder o facultad jurídicamente otorgada por el titular, nos es suficiente que el engañado-disponente esté en una situación especial tal que pueda influir y disponer sobre los bienes de otra persona. Ya que nosotros, no creemos correcto que para que se entienda la existencia y se

concluya el cometimiento de una estafa en triángulo, se deba exigir un poder debidamente otorgado conforme a derecho, porque, si admitiéramos tal condición, los casos prácticos que se presentan con mucha frecuencia, y en los que se efectúa una disposición patrimonial realizada por quien no es titular del patrimonio afectado y sin tener facultad jurídica para hacerlo, quedarían sin protección.

Así, motivados en varios fundamentos, rechazamos lo sostenido por la teoría de la legitimación jurídica o autorización, en primer lugar, porque:

“La doctrina es unánime en sostener que la autoría mediata tiene lugar cuando el autor se vale de otro, a quien utiliza como instrumento, para la realización de la acción típica. Por tanto, es preciso que el llamado instrumento, sin tener el dominio del hecho, ya sea por error, incapacidad de culpabilidad, coacción, etcétera, realiza la acción típica. (Romero, 2007, pág. 206).

Y porque, en el caso en cuestión, el tercero actuante no realiza la acción típica, pues, como se vio oportunamente en el delito de estafa en triángulo, la acción típica consiste en engañar a otro. Por tanto, esto (el engaño) no lo realiza el disponente que fue engañado; por el contrario, sobre este sujeto recae la acción de engañar.

En este orden de ideas, resulta claro que en la estafa triangular no existe autoría mediata. No cabe duda que la circunstancia de utilizar a una persona motivada por el error, a efectuar la disposición patrimonial, es lo que ha podido llevar a confusiones a varios autores, olvidando que no es precisamente el engañado-disponente quien realiza la acción típica, lo que sería necesario para poder calificar este tipo delictivo como una autoría mediata.

2.2.4. Consumación

En referencia al tema de la consumación, de acuerdo a nuestro criterio y tomando en consideración que la estafa en triángulo es un delito de daño, es decir que, es un delito que debe lesionar un bien jurídico protegido en específico (el patrimonio), creemos que la consumación de la estafa triangular se da cuando efectivamente el tercero engañado que no es dueño del objeto realiza la disposición patrimonial de los bienes pertenecientes a otra persona. Por ende, para nosotros el perjuicio indica el momento en que se consuma el delito, debido a que el mismo es el resultado necesario que, como ya explicamos, requiere el tipo. Por lo tanto, no debe asociarse la consumación al momento en que se beneficia el agente (sujeto activo del delito), sino con la lesión patrimonial causada al dueño o titular de los bienes, que fueron objeto de disposición por otro. Y como hemos dicho en secciones anteriores, la cuestión radica en determinar cuando existe tal daño al patrimonio. Sabemos y hemos visto que el daño patrimonial se da en el momento en el que se realiza la entrega del objeto. Por lo que, la estafa en triángulo quedará consumada con la disposición que haga el tercero actuante (engañado y disponente), a favor del engañador.

En referencia a lo mencionado cabe en este aspecto realizar algunas conclusiones; primero, “(...) para que el delito de estafa triangulada se consume, no es preciso que el autor obtenga el beneficio económico pretendido (...)” (Fuente, 2000, pág. 113). Y Segundo, “(...) no es suficiente para que se constituya tal delito, la causación de un mero peligro para el patrimonio, como sería si únicamente se obtuvo de la víctima una promesa u obligación de llevar a cabo la prestación (...)” (Fuente, 2000, pág. 113).

2.2.5. Tentativa

De lo estudiado podemos llegar a la siguiente conclusión en la estafa en triángulo, también se requiere la exteriorización de actos que comporten un

riesgo para el bien jurídico tutelado que en este supuesto es el patrimonio, es decir en el caso en concreto se requiere la exteriorización de actos que impliquen engaño o ardid. Es así que para que exista tentativa en la estafa triangulada, es menester que el sujeto activo saque a la luz y comience a engañar al sujeto que debe realizar el acto de disposición en perjuicio de un tercero poniendo así en peligro el patrimonio de una tercera persona.

De este modo, por ejemplo, cuando un sujeto llamado "A", afirmando y demostrando con documentos que es un empresario reconocido convence a otro sujeto llamado "B" para que realice una inversión en su empresa con la cual se va a ganar mucho dinero, "B" creyendo erróneamente en lo afirmado por "A" realiza la disposición patrimonial entregando a "A" una suma de 25 mil dólares, que son pertenecientes a otro sujeto "C". Sin embargo, otra persona interviene alertando a "B" para que no realice la transferencia de dinero, ya que, "A" no es confiable porque tiene antecedentes de estafador, por lo que, no se produce el resultado querido por "A". Con este ejemplo se puede evidenciar que el sujeto activo comenzó la tentativa cuando manifestó y demostró a "B" que era empresario, ya que, en realidad no lo era. Convenció con engaños a "B" que lo que le ofrecía era un buen negocio, no obstante otro sujeto intervino y el resultado lesivo no se produjo. Constituyéndose así una tentativa de estafa en triángulo. Ya que, objetivamente se evidencia que los engaños y ardid que "A" utilizó ponían en peligro el bien jurídico tutelado perteneciente a otro sujeto diferente al engañado y disponente.

Sobre el tema tratado, también es necesario formular ciertas aclaraciones. Como la tentativa se inicia con la ejecución de la conducta engañosa, es imprescindible que el ardid y el engaño cumplan con todos los requisitos de idoneidad analizados. Por ello, si la acción no llega a vulnerar los "(...) usos y costumbres sociales vigentes en el tráfico, no es posible afirmar siquiera la tentativa, pues no puede decirse que haya habido un comienzo de la ejecución del delito (...)" (Fuente, 2000, págs. 113-114).

2.3. Comparación entre el Código Penal de (1938) aun vigente y el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal en referencia al delito de estafa.

2.3.1. Análisis del artículo 563 del Código Penal (1938) vigente: La estafa

El artículo 563 del Código en cuestión manifiesta que:

“El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América”.

“Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos”.

“La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales” (Código Penal, 2012).

2.3.1.1. Elementos subjetivos

1. El dolo:

El artículo 563 establece los elementos para que se configure el delito de estafa exigiendo dentro del tipo subjetivo un elemento subjetivo el “dolo”. Este elemento es indispensable para que se configure el delito de estafa. Por lo que el autor del delito de estafa debe actuar con conciencia y voluntad, en el caso en concreto de la estafa es necesario que el sujeto activo conozca y tenga la voluntad de engañar y ocasionar un perjuicio patrimonial. En este sentido nuestra legislación en el marco de esta normativa, excluye la conducta culposa o imprudente en el tipo de estafa ya que ésta es esencialmente dolosa.

2. El ánimo de apropiación:

Dentro del tipo subjetivo la ley exige otro elemento subjetivo a parte del dolo, este se traduce en el ánimo de apropiación estableciéndolo de la siguiente forma: “el que, con propósito de apropiarse” (Código Penal, 2012). Con esto nuestra legislación quiere decir que “(...) no basta con la conducta del sujeto activo tendente a lesionar la propiedad ajena, sino que se *necesita un elemento especial* esto es que el sujeto activo tenga la *finalidad de apropiarse de la cosa*, hacerla ingresar a su patrimonio (...)” (Zavala, 1988, pág. 104). Por lo que, la ley excluye los casos en los cuales el autor no tuvo el ánimo de apropiación, sino por ejemplo que el autor quiso usar la cosa pero con ánimo de restituirla.

2.3.1.2. Elementos Objetivos

1. Engaño o manejos fraudulentos:

La ley requiere dentro del tipo objetivo un elemento objetivo, el “fraude” cuando establece la frase “ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos” (Código Penal, 2012). El legislador en este aspecto ha realizado una enumeración casuística de los medios fraudulentos por los que se puede valer el sujeto activo para cometer el delito de estafa. Nuestra ley hace una distinción en cuanto a nombres falsos, falsas

calidades y manejos fraudulentos, no obstante tanto “(...) los nombres falsos y las falsas calidades son o constituyen manejos fraudulentos (...)” (Zavala, 1988, pág. 118). Cuando la ley menciona esto, es evidente que no hace distinción entre engaño y ardid como en doctrina y en otras legislaciones se hace, por lo que, no se indica si la mentira sin que vaya acompañada de algo material (engaño) es un medio idóneo para la realización de la estafa, o es necesario que la mentira vaya acompañada de una especie de escenificación, o aparatosa representación (ardid) para que se considere como medio suficiente para la adecuación del tipo de estafa.

Por consiguiente, es obligatorio precisar cuándo el medio fraudulento es estimado idóneo por la ley ecuatoriana. Haciendo un análisis del texto de la ley se infiere que cuando la norma hace referencia a “(...) manejos fraudulentos” quiere decir que desde la simple mentira hasta una aparatosa representación o escenificación objetiva, es idónea para inducir a error (...)” (Zavala, 1988, pág. 122). Por lo que, consideramos que nuestra legislación no exige alguna clase especial de fraude pues en nuestro sistema la idoneidad del medio esta en referencia a si éste (el sujeto activo del delito) logró o no inducir a error a la víctima de engaño y esto se demuestra con la efectiva disposición que el engañado hace de los bienes. Empero, nuestra legislación nada dice sobre la simple omisión por lo que se concluye que no puede constituirse la estafa mediante la simple omisión, esta está excluida de nuestra normativa penal en cuanto al delito de estafa. Porque si no existe el deber jurídico de decir la verdad el silencio no es considerado como medio idóneo para producir la estafa.

2. El error:

Otro elemento objetivo exigido por la ley es el error, y a este se hace referencia cuando se menciona la frase “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” (Código Penal,

2012). De lo que se infiere que, la ley exige un elemento psíquico que debe radicar en la víctima del delito de estafa, este elemento es el error. Del texto de la ley se desprende que cuando dice “hacer creer”, se refiere a que el autor de la estafa debe ser el que por medio de maniobras fraudulentas, haga caer en error a la víctima.

Sin embargo, nuestra legislación en concordancia con lo que se estableció en el artículo 563 del Código Penal de (1938) aun en vigencia, nada manifiesta sobre el caso en el que una persona utilice medios fraudulentos para hacer caer en error a una persona y que ésta inducida por el fraude, creyendo erróneamente en lo que dice el sujeto activo realice una disposición patrimonial de bienes de una tercera persona extraña, a favor del autor de la estafa. La ley no ha previsto expresamente el supuesto de estafa triangular y por ende es totalmente oscuro el tema en cuanto si debe existir un nexo causal objetivo entre el engaño, el error y la disposición patrimonial o debe existir un nexo causal subjetivo.

3. La disposición patrimonial:

La ley determina que debe existir la entrega de la cosa, diciendo “se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos” (Código Penal, 2012). La ley establece que se debe entregar la cosa, pero realiza una innecesaria enumeración de las cosas que se pueden entregar a favor del autor de la estafa, pues todos los bienes que enumera son muebles, en este sentido hubiera bastado mencionar la palabra “muebles”. Es importante acotar que no se menciona nada sobre las cosas inmuebles; no obstante, es nuestra opinión que indirectamente la estafa puede recaer sobre bienes inmuebles aunque la entrega que se efectúa sea de una cosa mueble por ejemplo las escrituras de una casa. También es necesario en este punto realizar el análisis de la consumación, ya que, según lo expuesto basta con la entrega de la cosa para que el delito de estafa quedare consumado.

En referencia a este aspecto, nuestra ley no menciona quien debe ser el que entregue la cosa, por lo que es evidente que el legislador no ha considerado el supuesto y los efectos del caso en el que una persona engañe a otra que teniendo una relación jurídica o de hecho con la cosa disponga de bienes de un tercero ajeno sin ninguna vinculación a la relación entre el engañador y el engañado.

2.3.2. Análisis del artículo 186 del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal: La estafa

Proyecto de Código Orgánico Integral Penal artículo 186:

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

“La pena máxima se aplicará a la persona que:”

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

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

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

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

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

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

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

“La persona que emita boletos o entradas para eventos en escenarios públicos o de concentración masiva por sobre el número del aforo autorizado por la autoridad pública competente, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a noventa días” (Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, 2013).

2.3.2.1. Elementos subjetivos

1. El dolo:

El Proyecto de Código Orgánico Integral Penal en su artículo 186 establece el delito de estafa exigiendo así para su configuración dentro del tipo subjetivo un elemento subjetivo, el “dolo”. En cuanto a esto no hace falta mayores observaciones ya que, el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal mantiene el carácter doloso de la estafa que lo exige también el Código Penal de (1938) aun vigente, y no podría ser de otra manera, porque, como se dijo el delito de

estafa es estrictamente doloso, es decir, se requiere que se actúe con conciencia y voluntad de realizar el injusto previsto en la ley. Excluyendo así la configuración de la estafa por culpa o imprudencia.

2. El ánimo de lucro:

Otro elemento exigido por este Proyecto de Código, dentro del tipo subjetivo, es el ánimo de lucro cuando menciona la frase “la persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí mismo o para un tercero” (Código Penal, 2012). En este sentido es evidente la diferencia que existe entre el Código Penal actual y Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, pues en este último, se requiere el ánimo de lucro y ya no el ánimo de apropiación, este proyecto de nueva normativa prevé el supuesto en el que el sujeto activo de la estafa no quiera el beneficio patrimonial para sí mismo, sino para un tercero. Entonces, de acuerdo a este precepto, se necesita que el autor del delito de estafa actúe con la intención de obtener una ventaja patrimonial.

2.3.2.2 Elementos objetivos

1. El engaño:

Dentro del tipo objetivo se requiere un elemento objetivo especial, que es el engaño esto se evidencia cuando la ley dice “mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos” (Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, 2013). Del texto de la ley se desprende que se ha entendido al engaño como toda simulación o disimulación capaz de provocar error en otra persona, por lo que perfectamente las conductas omisivas están aceptadas como medios idóneos para la constitución del delito de estafa. Es menester manifestar nuestra opinión en torno a este primer elemento objetivo, ya que, de lo que hemos estudiado a lo largo de este trabajo, se llega a la siguiente conclusión: la simulación y la disimulación u ocultamiento pueden tener cabida en los conceptos de engaño y ardid, con una diferencia, dado que, en el engaño se simula o disimula mediante la utilización de palabras destinadas a convencer, o adornando la mentira de razonamientos

idóneos para hacerla pasar por verdad; y en el ardid también se simula o disimula pero empleando o utilización medios artificiosos para deformar la realidad exterior, poniendo en marcha una especial maquinación o puesta en escena.

2. El error:

Este nuevo Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, también requiere como elemento objetivo la existencia del error, al mencionar la expresión “induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique” (Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, 2013). Aquí se evidencia que debe existir un nexo causal entre el engaño, el error y la disposición patrimonial. Es importante aclarar que cuando se dice induzca a error, es necesario que “(...) esta inducción tenga unas características especiales ya que esta debe ser “directa y eficaz (...)” (Nuñez, 1998, pág. 88).

3. Admisibilidad expresa de la estafa en triángulo:

El artículo en estudio menciona que el autor de la estafa debe actuar con el fin de que se realice un acto que lo beneficie económicamente, y que, por ende perjudique el patrimonio de otra persona, que en este caso puede ser el patrimonio del engañado-disponente o el de una tercera persona. En este aspecto y según nuestro criterio, el legislado ha admitido expresamente la estafa en triángulo, puesto que, con relevancia penal a veces el engaño y el perjuicio patrimonial efectivo no recae sobre una misma persona sino que uno (el engaño) incide sobre una persona, un tercero actuante que aunque no siendo dueño del bien afectado tiene la posibilidad de ejecutar una disposición patrimonial lesiva, y el otro (el perjuicio patrimonial) que afecta a un sujeto que no tuvo relación alguna con el estafador.

Esto es indiscutiblemente un avance en nuestra normativa penal pues, la evolución acelerada de la sociedad, y por ende, el cambio camaleónico con la que se presentan los delitos hoy en día, han hecho surgir la necesidad de la evolución del derecho penal, ya que, en la práctica se presentan muchos casos

que al tener elementos diferentes que influyen decisivamente en la configuración del delito, no encuadran en el tipo descrito por la normativa, puesto que, esta (la ley), sólo se dedica a enunciar supuestos en los que se puede evidenciar los delitos, más no da una concepto genérico que este acorde a los avances doctrinarios y que por ende contenga los elementos necesarios para que la actuación de un sujeto se adecue al tipo penal detallado en la legislación sustantiva penal, previendo así los variados y disímiles supuestos que en la realidad se dan; y, proveyendo de protección penal acorde al principio de legalidad, certeza y seguridad jurídica.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA QUE SE MANIFIESTA EN LA ESTAFA EN TRIÁNGULO EN CUANTO A PERSONAS JURÍDICAS

3.1. Posibilidad de la existencia del error en el ámbito de las personas morales o jurídicas

En referencia a la posibilidad del error en el ámbito de las personas jurídicas en el caso de la estafa en triángulo, se ha manifestado que:

“El problema se presenta de manera manifiesta *en estos supuestos*, ya que en el ámbito de las personas jurídicas no hay posibilidad para el error, porque las personas morales no pueden ser engañadas, según principios generales de Derecho; de modo que resulta obvio que solo lo puede ser la persona que compone el órgano de la persona jurídica que tomó la decisión, que es el que realmente fue engañado” (Donna, 2007, pág. 382).

Frente a lo indicado, es preciso realizar un análisis, observando los componentes indispensables que deben existir para que se constituya una estafa en triángulo; habíamos dicho que un elemento diferenciador de este delito es el engaño y que este debe ser la causa del error; además habíamos examinado y concluido que el error juega un doble papel puesto que es el efecto del engaño y la causa de la disposición patrimonial perjudicial, en este sentido, según nuestro criterio, las personas jurídicas no pueden ser engañadas como tales, ya que, siempre actúan representadas por otros que deben ser necesariamente personas naturales, individuos con capacidad de razonar, de ser engañados, de caer consecuentemente en error y por tanto poder realizar una disposición patrimonial dañosa, que en el caso que estamos analizando, recae sobre un sujeto diferente al engañado y disponente .

Al respecto, la Sentencia N° 1316/2009 de fecha 22/12/2009, del Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal Gabinete Técnico ha expresado que:

“Cuando el engaño se dirige contra organizaciones complejas, como ocurre con personas jurídicas del tipo de las entidades bancarias, es del todo evidente que el sujeto pasivo dispone de un potente arsenal defensivo, que correctamente utilizado podría llegar a evitar la eficacia del engaño en numerosos casos; (...) pero por otra parte, el engaño a las personas jurídicas se efectúa mediante la acción dirigida contra las personas físicas que actúan en su nombre o por su cuenta” (Engaño bastante a personas jurídicas, 2009).

Por lo mencionado, es evidente que las personas jurídicas no pueden ser víctimas de engaño y por ende no pueden caer en error, por tanto, para que exista un delito de estafa en triángulo es necesaria la intervención de una persona natural. Con todo, sobre este tema es necesario realizar algunas aclaraciones a las interrogantes que se presentan ya en la práctica.

De la sentencia citada, se desprende algunas inquietudes, en primer lugar el Tribunal Supremo manifiesta que cuando el engaño se dirige a personas jurídicas, estas disponen de varias herramientas para dar más protección a los bienes jurídicos que pretenden ser afectados por el sujeto activo del delito (Engaño bastante a personas jurídicas, 2009). Por lo que, se interpreta que las personas jurídicas están en una situación de ventaja en comparación a las personas físicas, pues, estas por su naturaleza cuentan con elementos que la blindan frente a ciertos ataques dirigidos contra su patrimonio. Sin embargo, también se menciona que realmente la persona que es engañada, y, que por error realiza la disposición patrimonial perjudicial es un individuo. Sobre esto cabe realizar una reflexión, es verdad que la persona jurídica dispone de varias instrumentos para no ser víctimas de engaños, pero en la práctica depende de una persona natural para que despliegue todas las medidas de seguridad para evitar ser engañada. En este aspecto surge la siguiente inquietud si esta

persona natural no despliega los mecanismos necesarios para no ser víctima de engaño cómo se debe resolver este supuesto.

Frente a estas preguntas los doctrinarios han emitido diferentes posiciones, por un lado, han defendido el criterio según el cual:

“(…) Optar por un concepto de estafa en triángulo que sostenga que no toda inveracidad que conduce a un acto de disposición perjudicial es constitutiva de estafa, sino solamente aquella que la víctima diligente no habría logrado neutralizar, puede conducir a que en los casos de estafa en triángulo se produzcan lagunas de punibilidad (…)” (Arroy & Nieto, 2006, pág. 277).

Los autores Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín para sustentar su postura, establecen un ejemplo diciendo:

“(…) Piénsese en el caso en que el empleado del banco es negligente y no comprueba la identidad de quien pretende retirar fondos de una cuenta. En tal supuesto, (...) el perjuicio sufrido por la víctima no es imputable a un comportamiento del cliente que sea constitutivo de estafa, porque, si bien el cliente logró que el disponente incurriera en un error, su engaño no fue típico, pues incumbía al empleado solicitar la documentación para comprobar la identidad del cliente. En este caso manifiestan que la pregunta que entonces se plantea es clara: ¿debe quedar sin respuesta penal la afectación del patrimonio de la víctima? (...). No *ya que se debe* buscar cuál ha sido el comportamiento negligente del empleado de la entidad de crédito (Arroy & Nieto, 2006, pág. 277).

Es cierta la afirmación de los autores citados, en cuanto a que existen supuestos en los cuales hay que analizar unos elementos más allá del engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio, el ánimo de lucro y el dolo. Ya

que en algunos casos se presenta un elemento extra, una persona que no es dueña del patrimonio pero que realiza efectivamente la disposición patrimonial lesiva. En estos casos es indiscutible que el tercer interviniente, juega un papel determinante y preponderante, por lo que, es preciso que se considere el comportamiento de este frente al engaño perpetrado por el sujeto activo del delito.

En primer lugar, habrá que analizar el engaño efectuado por el delincuente, para saber si este fue bastante, en segundo lugar habrá que examinar si este (el tercero actuante) ejecutó las medidas de seguridad que establece la persona jurídica. “(...) Por ello un concepto de estafa debe complementarse con la tipificación de los comportamientos desleales de quienes pueden tomar decisiones económicas con efectos en un patrimonio ajeno (...)” (Arroy & Nieto, 2006, pág. 277).

3.2. ¿Cabe denominar a la estafa en triángulo como un delito de autolesión?

Para dilucidar esta interrogante es necesario analizar los criterios que sobre este asunto la doctrina ha expuesto.

Autores como Gladys Romero, han afirmado que el delito de estafa tradicional constituye un delito de autolesión, para defender su postura ésta ha manifestado que:

“La tipificación general de la estafa tiene sentido como delito de autolesión. En efecto, el acto de disposición realizado por el propio sujeto pasivo voluntariamente, aunque con una voluntad viciada por el error, caracteriza a la estafa como delito de autolesión, pues es la propia víctima quien decide su perjuicio. Precisamente esto es lo que diferencia a esta figura de los demás delitos de apoderamiento. Al respecto, no cabe discusión. La doctrina es unánime en considerar que en la estafa el

autor no se apodera del bien, sino que es justamente la víctima quien dispone del mismo” (Romero, 2007, págs. 194-195).

Otro doctrinario que concuerda con lo expresado por Romero, es Quintano Ripollés diciendo:

“A propósito de la estafa, a la participación que en su dinámica ejecutiva tiene el sujeto pasivo, participación hasta cierto punto necesaria, puesto que lo característico de tal delito es que opere su voluntad real, bien que viciada por el engaño, en lo que estriba una de las más visibles diferencias frente a otros apoderamientos, en que la voluntad es meramente contraria o inexistente. No se sustrae la cosa contra o sin su voluntad, sino mediante un acto voluntario de entrega, de donación que de aprehensión” (Romero, 2007, pág. 195).

Al respecto, Mirta López Gonzalez y Federico Maiulini, cuando se refieren al perjuicio como uno de los componentes de la estafa opinan que existe lesión del patrimonio cuando “(...) esta es efectiva y material; no es suficiente su mera alteración jurídica, ya que no nos encontramos ante un delito de peligro, sino, como dijimos, de lesión o, como se lo suele llamar por su especial carácter, de autolesión” (Maiulini, 2000, pág. 418).

En igual sentido aunque solo implícitamente se ha pronunciado la jurisprudencia española, al señalar que: “(...) el elemento esencial de la estafa está representado por un acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (...)” (Romero, 2007, pág. 195).

Sobre este asunto, es necesario hacer algunas observaciones, como hemos examinado en la estafa en triángulo el sujeto contra el cual se dirige el engaño y que por ende deviene en estado de error, realizando así la disposición patrimonial lesiva, nunca se ve afectado económicamente, ya que, este (el

engañado) entrega al sujeto activo del delito bienes pertenecientes a otra persona. Por consiguiente, en este supuesto no cabe denominar a la estafa en triángulo como un delito de autolesión, porque el lesionado patrimonialmente nunca fue engañado, nunca cayó en error y peor aun tampoco ejecutó algún acto de disposición nociva para su patrimonio, este jamás, “decide su perjuicio”, sino que el que decide claro esta a causa de engaño es un tercero interviniente (engañado y disponente).

3.3. ¿En qué medida el error del tercero actuante y el perjuicio, se puede imputar a la persona jurídica?

El problema consiste en analizar en el caso de la estafa en triángulo “(...) en qué medida el error del tercero actuante, y con ello el perjuicio que lleva, se puede imputar a la persona jurídica, atento a la estructura jurídica de la estafa como delito de autolesión (...)” (Donna, 2007, pág. 382).

Para resolver esta interrogante, es necesario volver sobre algunos temas tratados, primero en la estafa en triángulo como hemos advertido, se evidencia un elemento diferente a los constitutivos de la estafa “común”, un tercer interviniente que aunque no siendo dueño de cierto patrimonio, decide sobre este y realiza por engaño y con error una disposición patrimonial en perjuicio de otro. Pero también habíamos analizado que en este supuesto es necesario examinar en qué relación estuvo el sujeto engañado respecto de la cosa objeto de la disposición que provocó el perjuicio. Sobre el tema cabe señalar que de acuerdo a nuestro criterio, para que se constituya una estafa en triángulo basta que el engañado-disponente, tenga una especial relación de hecho frente al patrimonio, es decir nos parece suficiente cuando el engañado-disponente “(...) se encuentra en el mismo ámbito de poder al que pertenece el objeto de disposición, se halla en una relación inmediata y objetiva con este y goza de la posibilidad de incidir de forma real y efectiva sobre él (...)” (Gutierrez, 1991, pág. 518).

Segundo, respecto de la estafa en triángulo así mismo habíamos dicho que esta no constituye un verdadero delito de autolesión, pues, para que este se considere como tal, el perjudicado debe decidir el perjuicio de su propio patrimonio, y en la estafa triangulada esto no sucede sino que el perjudicado no es el engañado y por ende tampoco realiza la disposición que lo afecta, este no tiene incidencia en el perjuicio realmente ocasionado ni ha participado disponiendo a favor del sujeto activo.

Entonces, enmarcados en nuestro criterio que a lo largo de este trabajo hemos sostenido, y tomando en consideración que para nosotros basta una relación de hecho entre el objeto de disposición y la persona engañada, por lo que, admitimos que la estafa en triángulo se puede dar así el tercero actuante no tenga un poder jurídico otorgado, dado que, en la práctica es muy usual que personas que sólo ostentando una relación especial de hecho con la cosa pueden disponer en afectación de otra persona; y que por otro lado, la estafa triangular no es un delito de autolesión, por lo tanto, para nosotros no es posible en el caso en el cual una persona natural realiza una disposición que afecte el patrimonio de otro imputar este (perjuicio) a la persona jurídica que nunca intervino.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y ESTABLECIMIENTO DE ALTERNATIVAS PARA SOLUCIONAR LA PROBLEMÁTICA QUE SE DA EN CUANTO A LA TIPIFICACIÓN DE LA ESTAFA TRIANGULAR COMO DELITO AUTÓNOMO EN LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA PENAL DE ECUADOR

4.1. Tipificación del delito de estafa triangular en la legislación comparada.

4.1.1. Legislación española

Artículo 248 del Código Penal español:

“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

“También se consideran reos de estafa:”

- a) “Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consignan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”.
- b) “Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo”.
- c) “Los que utilizando tarjeta de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero” (Neila, 2012, pág. 338).

Como se observa, el Código Penal español contiene en este sentido una innovación respecto al texto legal precedente, desde que al definir el delito de estafa con todos sus elementos, y admitir la estafa en triángulo al señalar que el acto de disposición puede realizarse por el engañado-disponente, en perjuicio de sí mismo o de un tercero ajeno.

Por consiguiente, como claramente lo expresa la ley española, no es preciso para esta, que exista identidad entre el engañado que padece el error, y por ello realiza la disposición patrimonial, y el perjudicado en su patrimonio.

4.1.2. Legislación argentina

Artículo 172 del Código Penal argentino:

“Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño” (Donna, 2007, pág. 333).

Como se advierte, el Código Penal argentino, a diferencia del español, no adopta una fórmula conceptual, limitándose en cambio a una abstracción de diversas modalidades de acción, esto es, los diferentes y posibles modos de engañar.

Sin embargo, cabe recalcar como ya se ha dicho, la ley penal argentina hace una diferenciación entre el engaño y el ardid, contemplando los dos como medios idóneos para provocar error en un sujeto.

4.2. Marco normativo de la estafa en triángulo en la legislación ecuatoriana.

Artículo 563 del Código Penal ecuatoriano de (1938) en vigencia.

“El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América”.

“Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que cometiere el delito utilizado medios electrónicos o telemáticos”.

“La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales”.

El artículo citado tipifica el delito de estafa, sin embargo, este no contempla el supuesto de estafa triangular que se da como hemos dicho, cuando una persona engaña a otra, pero ésta (la engañada), no es dueña del patrimonio, por lo que, a consecuencia del engaño, cae en error realizando así una disposición perjudicial que afecta en definitiva a otra persona (tercero ajeno), que no tuvo en ningún momento alguna relación con el sujeto activo del delito.

Artículo 11 del Código Penal ecuatoriano actual:

“Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión”.

Aquí se establece, la exigencia de la existencia de un nexo entre el delito cometido y el sujeto activo, ya que, para que este sea sancionado, el cometimiento del delito que se pretenda sancionar deberá ser necesariamente una acción u omisión de la persona que sería sancionada.

Artículo 68 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano

“Se considera ofendido:”

“1. Al directamente afectado por el delito y a falta de este a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;”

“2. A los socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen”;

“3. A las personas jurídicas, en aquellos delitos que ofenden a sus intereses;”

“4. A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y,”

“5. A los pueblos y comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo”.

Este artículo determina a quienes se los considera ofendidos, no obstante en el caso que nos compete que es el de la estafa triangulada, en este marco legal se presenta un grave problema, puesto que, en la estafa en triángulo como se ha observado, el directamente afectado por el delito es un tercero ajeno, que no realizó ningún tipo de disposición patrimonial que lo perjudique

económicamente, este tercer sujeto no fue engañado, no cayó en error y como se dijo no realizó disposición patrimonial perjudicial alguna y ni siquiera conoce al sujeto activo del delito, sin embargo sufre la afectación.

Artículo 88 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.

“Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario:

“1. Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho;”

“2. Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y,”

“3. Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean:”

“a) Varios”

“b) Relacionados tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí;”

“c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y,”

“d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente”.

4.3. ¿Se encuentra o no tipificado el delito de estafa triangular en Ecuador?

4.3.1. Principio de legalidad

Para llegar a la conclusión de la interrogante planteada, es indispensable establecer ciertas definiciones. Primero, el principio de legalidad “(...) forma la estructura angular sobre la cual se asienta el derecho penal (...)”. *Además es el fundamento formal limitador del ius puniendi (...)* (Creus, 2004, pág. 52) . Es por consiguiente:

“El principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley”. (Muñoz & García, Derecho Penal Parte General, 2010, pág. 99)

“Los ámbitos garantistas del principio de legalidad, comprenden la garantía criminal y penal referida a la creación de normas penales (incriminación primaria); la garantía jurisdiccional y procesal referida a la aplicación de las normas y la garantía de ejecución referida a la ejecución de la pena (incriminación secundaria)” (Bustos, 2008, pág. 518).

El principio de legalidad se concreta de dos maneras: en primer lugar, en el contenido esencial del mismo principio; y en segundo lugar, en diferentes derivaciones de este, que constituyen garantías individuales.

“En este sentido, el principio de legalidad señala que sólo puede recibir pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita específicamente descrita como merecedora de dicha particular especie de sanción, por medio de una ley que está vigente en el momento de su realización; solo es delito, por consiguiente, la conducta que como tal ha sido prevista por la ley penal al asignarle una pena” (Creus, 2004, pág. 52).

Este principio es expresado mediante el aforismo <<nullum crimen, nulla poena, sine lege>>.

El mencionado principio que es la base del derecho penal demanda la necesidad de que la ley penal debe reunir ciertos requisitos, estos son: la necesidad de que la ley sea escrita (nullum crimen nulla poena sine lege scripta); la ley también debe ser previa (nullum crimen nulla poena sine lege

praevia); y por último la ley debe ser estricta (nullum crimen nulla poena sine lege stricta).

a) La ley debe ser escrita (nullum crimen nulla poena sine lege scripta):

A esta exigencia se la conoce como reserva de ley. Cuando se dice que la ley penal debe ser escrita, se está expresando, en primer lugar, que:

“(…) el derecho penal es exclusivamente derecho positivo, lo que excluye la posibilidad de que mediante la costumbre o los principios generales no escritos se establezcan delitos y penas. Lo que se pretende con ello es reservar al poder legislativo la potestad para definir los delitos y las penas” (Muñoz & García, Derecho Penal Parte General, 2010, pág. 103).

b) La ley debe ser previa (nullum crimen nulla poena sine lege praevia):

Implica la irretroactividad de la ley penal. Un hecho no puede ser sometido a una ley posterior, es decir, “(…) la ley penal no puede crear delitos y penas con posterioridad a los hechos incriminados y sancionar éstos en virtud de dichas disposiciones (…)” (Etcheberry, 1998, pág. 75). No obstante, se admite excepcionalmente “(…) el principio de retroactividad de la ley penal más favorable. (...) “Ya que la retroactividad de la ley más favorable no es contradictoria con el sentido del principio de legalidad, sino, por el contrario, es una lógica consecuencia de su fundamento (...)” (Bustos, 2008, pág. 520).

c) La ley debe ser estricta (nullum crimen nulla poena sine lege stricta):

Esta es la exigencia de taxatividad y de certeza, que hace referencia a que “(…) tanto la descripción de la conducta como la pena asignada a ella se encuentren expuestas en la ley sin ambigüedad que entorpezca su conocimiento por parte de los destinatarios de ella (tanto individuos como órganos de aplicación) (...)” (Creus, 2004, pág. 55).

“La exigencia de que la ley penal sea estricta en cuanto a la descripción penal del hecho, excluye (...) los tipos penales que no están debidamente circunscriptos en la descripción que traen de la conducta merecedora de pena y que, por tanto, libran a la mera interpretación lo que es merecedor de pena (...) o la libren a la determinación de cualquier otro poder que no sea el legislativo” (Creus, 2004, pág. 55).

“En este contexto el principio de legalidad al requerir (...) *que la ley sea escrita, estricta* y anterior al hecho que se juzga, como determinante de una particular consecuencia penal (la pena) para una conducta que es ilícita por haber violado los mandatos del ordenamiento jurídico, quita la potestad penal represiva (designación de los contenidos habilitantes del *ius puniendi*) del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, para dejarla exclusivamente en manos del Poder Legislativo”(Creus, 2004, pág. 53).

Por lo mencionado, se observa que, el principio de legalidad constituye una garantía para el individuo, pues “(...) éste, le asegura que la actividad represiva de aplicación (Poder Judicial) y ejecución (Poder Ejecutivo) no va a recaer sobre las conductas tuyas que no estén catalogadas como delitos por la ley (...)” (Creus, 2004, pág. 52). Por tanto, “(...) El principio de legalidad tiene por objeto evitar la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con la persona (...)” (Bustos, 2008, pág. 520).

Cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya sea de aplicación y ejecución de la misma está formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley (Bustos, 2008, pág. 518).

Como hemos visto, el principio de legalidad es fundamental en el campo del derecho penal, porque de él se derivan varias exigencias y garantías que se deben observar con rigor. El principio de legalidad en el sistema penal ecuatoriano toma especial relevancia, ya que, no solo las leyes lo consagran si

no que también nuestra Constitución lo plasma de manera concluyente refiriéndose a él en el numeral 3 del artículo 76 manifestando que:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

Y el artículo 2 de nuestro Código Penal de 1938 aun vigente, ratifica el principio en mención al disponer que:

“Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida”.

“La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto”.

“Deja de ser punible un acto si una Ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse”.

“Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa”.

“En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada”.

Este artículo reafirma el principio de legalidad que obliga a que la ley sea previa, escrita y estricta. En consecuencia, los jueces no pueden aplicar una pena a un acto que no se encuentre catalogado en la ley penal como un delito.

En concordancia con el artículo anterior, el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano establece en su artículo 2 que:

“Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida”.

“La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto”.

“Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse”.

“Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa”.

“En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores”.

Como se observó, nuestra Carta Magna establece la obligatoriedad de tipificación de un acto u omisión en la ley, para que estos puedan ser juzgados y sancionados, esta disposición en nuestro sistema es una garantía básica “(...) en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones” (Constitución de la República del Ecuador , 2008). Por consiguiente un juez no puede sancionar a una persona por un delito que no se encuentre determinado expresamente en el Código Penal, y en el caso específico que nos interesa, un juez en el marco de la normativa citada, no puede sancionar a una persona por estafa en triángulo, ya que, esto significaría ir en contra del principio de legalidad recogido tanto en las leyes como en la Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2. Prohibición de la interpretación extensiva y Principio de interpretación literal o estricta en materia penal.

Para referirnos a la prohibición de la interpretación extensiva en materia penal, que se traduce en el principio de interpretación literal o estricta, aplicada a la estafa en triangulo, es menester desarrollar ciertos conceptos.

En primer lugar, la interpretación es una “(...) operación intelectual por la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, consecuentemente, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete (...)” (Muñoz & García, 2010, pág. 121).

“La labor interpretativa en relación al derecho penal es especialmente importante habida cuenta del rigor con el que el principio de legalidad opera en esta materia. (...) la gravedad de las consecuencias del derecho penal determina que las exigencias del principio de legalidad penal sean especialmente estrictas para el legislador y también para el intérprete de la ley penal (*el juez*), quien se encuentra sometido a especiales exigencias derivadas del principio de legalidad (Muñoz & García, Derecho Penal Parte General, 2010, pág. 121).

En segundo lugar, la interpretación extensiva “(...) amplía el alcance de lo expresado por la norma (...)” (Bustos, 2008, pág. 536). Sin embargo de lo mencionado en párrafos anteriores, el artículo 4 de nuestra normativa penal sustantiva explícitamente prohíbe la interpretación extensiva y establece el principio de interpretación literal o estricta disponiendo:

“Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la Ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo”.

Por lo expuesto es evidente que en el campo del derecho penal siempre se debe realizar una interpretación estricta, literal, por lo que, las leyes penales no se deben aplicar a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

En consecuencia, cuando el artículo 563 del Código Penal de (1938) aun en vigencia, establece el delito de estafa, y no hace referencia a la posibilidad de que una persona distinta al sujeto engañado sea el sujeto afectado patrimonialmente, es evidente que, en concordancia al principio de legalidad y a lo dispuesto de forma expresa en el artículo 4 de nuestra norma sustantiva penal, no se puede realizar una interpretación extensiva para ampliar el alcance de lo expresado en la norma y así sancionar una estafa en triángulo. En este caso se debe estar siempre a lo literal de la norma.

4.3.3. Prohibición de analogía en materia penal

La analogía “(...) consiste en aplicar la ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares (análogos) a la que la ley describe (...)”. (Muñoz & García, 2010, pág. 122). La utilización de analogía en el derecho penal, implica que el juez resuelva un caso penal no contemplado por la ley, y si un juez actuara de esta forma lesionaría abiertamente el principio de legalidad.

“La analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación de la misma: de lo que se trata en la analogía es de que, una vez interpretada la ley (es decir, una vez establecidos los supuestos que contiene), se extienden sus consecuencias (se aplican) a otros supuestos no contenidos, pero similares o análogos” (Muñoz & García, 2010, pág. 122).

“La prohibición de analogía afecta, sin ningún género de dudas, a todas aquellas disposiciones penales perjudiciales para el reo, es decir, a la denominada analogía in malam partem (...)” (Muñoz & García, 2010, pág. 122).

Sobre este tema existen diferentes posturas, por un lado, algunos autores como Juan Bustos Ramírez defienden la idea de aplicación de analogía “in bonam partem” al manifestar que “(...) no hay vulneración del principio de legalidad, por cuanto no significa arbitrariedad o abuso sobre la persona si se establece por analogía un atenuante o eximente” (2008, pág. 533). Por otro lado, doctrinarios como Alfredo Etcheberry sostienen que “(...) la analogía, tanto en lo favorable como en lo desfavorable, es incompatible con la naturaleza misma de la ley penal, al menos en un sistema fundamentado en el principio de reserva (...)” (1998, pág. 114).

Esta prohibición es una de las consecuencias del principio de legalidad que como ya se dijo es el límite del ius puniendi, dado que, la exigencia de taxatividad y de certeza implica que no se puede someter un hecho a una ley que según su tenor literal, queda fuera de ella, en este sentido se afianza el imperio de la ley y se observa el límite que se le impone a la actividad judicial, por tal motivo, los jueces no pueden de ninguna manera utilizar la analogía como medio de solución de un caso, si lo hicieran estos infringirían el principio de legalidad y estarían creando delitos, cosa que desde ningún punto de vista es aceptable.

4.3.4. Análisis de la tipificación o no de la estafa en triángulo en el Código Penal Vigente.

Hemos visto que nuestro derecho penal está regido por el principio de legalidad que se traduce en una garantía básica establecida en la Constitución, el cual obliga que la ley sea escrita, previa y estricta, es decir, la ley penal que contemple un delito y lo sancione, para que sea aplicable debe estar expresada de manera positiva, y esta debe ser previa, además la ley debe determinar un delito de forma explícita, de modo que de certeza y seguridad, para evitar que se la interprete erróneamente. Pese al deber ser de la norma, para mayor seguridad, el Código Penal vigente en su artículo 4 establece de manera explícita la prohibición de interpretación extensiva, ya que, la ley debe ser

siempre interpretada de manera estricta, el mismo artículo dispone que “en caso de duda se interpretará en el sentido más favorable al reo” (Código Penal, 2012).

Entonces, partiendo de estas premisas, para dilucidar si el artículo 563 del Código Penal de (1938) aun vigente, contempla o no la estafa en triángulo nos debemos remitir a lo mandado por nuestra Constitución y por la ley penal.

En este sentido es evidente que el artículo mencionado no establece de manera expresa el delito de estafa triangular, pues, no observa la posibilidad de que una persona (sujeto activo) con engaño bastante, induzca a error a otra persona (engañado) y que, a consecuencia de este, efectúa una disposición patrimonial perjudicial, de los bienes de otro individuo un (tercero) ajeno a la relación que se dio entre el sujeto engañador y el engañado. Por lo que, en la práctica esto genera varias dificultades, puesto que, por un lado el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal dispone que el ofendido debe ser el directamente afectado, y por otro lado el artículo 88 del mismo cuerpo legal, establece el requisito de nexo causal. Y cuando se presenta en la práctica un caso en el que por ejemplo, un sujeto llamado “Carlos X” con dolo y con ánimo de apropiación, se contacta con una persona llamada “María Y”, haciéndose pasar por un gran representante de artistas, presentando documentos falsos de contratos con varios artistas reconocidos internacionalmente, y propone a “María Y” que invierta en el negocio para realizar un concierto de un cantante llamado “ABC”, construyendo así un engaño bastante, convence a “María Y” para que invierta en el negocio pues este le dejaría una ganancia del cincuenta por ciento, engañada “María Y” por todos los documentos presentados, cree erróneamente que “Carlos X” es efectivamente un gran representante de artistas, a causa de esta creencia errónea, entrega cincuenta mil dólares a “Carlos X”, sin embargo, este dinero no pertenecía a “María Y”, sino que era de “Pedro Z”, quien le había pedido a su amiga “María Y” que se lo guarde por un tiempo. En este caso se observa como “Pedro Z” que nunca conoció siquiera a “Carlos X” es el afectado patrimonialmente aunque este no realizó la

disposición patrimonial perjudicial. En este supuesto los jueces no podrían realizar una interpretación extensiva ni tampoco podrían resolver el caso mediante la aplicación de analogía. Porque, como se dijo la misma Constitución de nuestro país y la ley penal prohíben la utilización de estas.

Es preciso también recalcar la importancia que tiene el indubio pro reo en el ámbito del derecho penal, ya que “(...) cuando el análisis de la letra de la ley dé lugar a dos posibles interpretaciones: una más amplia de punibilidad y otra más restringida (...) siempre tendremos que inclinarnos a optar por el sentido más estricto (que sería el restringido)” (Creus, 2004, pág. 89).

Por lo tanto, si en el caso de considerar el juez que la estafa en triángulo se encuentra contemplada en el 563 del Código Penal actual, cosa que no debería ser así puesto que la misma ley manda que se realice una interpretación estricta; el juez, no puede condenar a una persona por estafa triangular, ya que, en caso de duda sobre la interpretación se debe aplicar la ley en el sentido más favorable al reo, en este orden de ideas, no se puede concluir que la estafa en triángulo se encuentra tipificada como delito en nuestra legislación sustantiva penal establecida en el Código Penal vigente.

4.3.5. Marco normativo de la estafa en triángulo en referencia al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal.

Artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal

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

“La pena máxima se aplicará a la persona que:”

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

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

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

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

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

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

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

“La persona que emita boletos o entradas para eventos en escenarios públicos o de concentración masiva por sobre el número del aforo autorizado por la autoridad pública competente, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a noventa días” (Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, 2013).

El Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, expresamente ha previsto a la estafa en triángulo, señalando la posibilidad de que una persona efectúe una disposición patrimonial que afecte a un tercero ajeno, claro está que esta disposición debe ser causada por un engaño que deriva en error.

Sin embargo, del análisis de la normativa legal citada, se infiere y se concluye que aunque se admita expresamente una estafa en triángulo, la Asamblea Nacional no ha establecido la relación que debe darse para que se constituya una estafa en triángulo, es decir no menciona si es necesario que el tercero actuante (engañado-disponente) ostente un poder o facultad jurídicamente otorgada o sin basta con que este tercero este en una situación de hecho tal que pueda incidir y efectuar la disposición patrimonial sobre ciertos bienes pertenecientes a otra persona ajena a la relación que se deberá dar entre el sujeto activo del delito y el sujeto engañado que dispone de bienes ajenos.

Por tal motivo se nos hace necesario dilucidar esta situación, una vez que la ley admite esta diversidad de sujetos, de forma explícita, en la redacción del artículo 186 del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, el punto que deberá ser aclarado se concentra en el disponente, en concreto, en la vinculación que deberá existir entre el que dispone y el patrimonio ajeno lesionado, es decir ¿se necesita una especial relación jurídica entre el engañado y el patrimonio agredido, o basta con una mera relación de hecho?, sobre el tema nos pronunciaremos más adelante.

El nuevo Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, establece el principio de legalidad recogido también en nuestra Constitución vigente, de la siguiente manera:

Artículo 5 del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal

“El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:”

“1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.

“3. (...) Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”.

En similitud al Código Penal actual, este Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, establece el principio de legalidad, el derecho al debido proceso penal, que debe enmarcar también lo establecido en nuestra Constitución y los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas.

Artículo 13 del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal

“Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:”

“1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

“2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta; esto es, respetando el sentido literal de la norma”.

“3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos”.

De igual manera, en concordancia con el Código Penal actual, aquí se determina que la interpretación de la ley penal se debe realizar en consonancia con lo instituido en la Constitución de la República del Ecuador y observando también, los instrumentos internacionales de derechos humanos. Obligando a los jueces a realizar una interpretación estricta-literal de la normativa penal. Por lo que, tampoco podrán aplicar la analogía para resolver los casos.

4.3.6. Para la conformación de la estafa en triángulo ¿se necesita una especial relación jurídica entre el engañado-disponente y el patrimonio agredido, o basta con una mera relación de hecho?

Encuadrados en lo estudiado a lo largo de este trabajo, y tomando en consideración los principios determinados en la Constitución de la República del Ecuador, las leyes y los tratados internacionales, para dar nuestra opinión, debemos analizar y recordar ciertos aspectos:

El primero hace referencia al principio de legalidad que es un límite al ius puniendi y una garantía para cada individuo, el cual manda que la ley debe tener ciertas características, es decir debe ser escrita, previa y estricta. Principio que no solo nuestra Constitución instituye, sino que, nuevamente es ratificado por el Código Orgánico Integral Penal. En este sentido, para abordar el tema que nos hemos cuestionado, debemos remitirnos solamente a lo manifestado por nuestras normas. Teniendo así que interpretar la ley en su sentido literal, sin poder realizar ningún tipo de analogía.

Segundo, habíamos dicho que en doctrina el tema en cuestión ya ha sido tratado pero que no existe consenso, produciéndose así dos vertientes, unas

que por un lado ven la necesidad de un poder jurídico otorgado para que se considere la existencia de la estafa en triángulo (teoría de la legitimación jurídica o de la autorización), y otras a las que les es suficiente una relación de hecho para que se produzca la estafa triangulada (teoría de la situación).

En este orden de ideas, y remitiéndonos a lo estricto y establecido en el artículo 186 del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, creemos correcto que para que se admita en nuestra legislación la producción de una estafa en triángulo, basta con que el tercero actuante que es sobre el cual recae el engaño del sujeto activo del delito y que por ende en situación de error realiza la disposición patrimonial, se encuentre en una situación tal que tenga el poder real de disponer sobre los bienes del otro, es decir no es indispensable que el engañado y disponente sea el titular-dueño del patrimonio perjudicado. Pero si creemos necesario que el engañado-disponente ocupe, respecto del patrimonio del tercero y sobre el cual dispone, una función ya sea de hecho o de derecho, según sea el caso, que sea equivalente a la del titular del bien objeto de disposición.

Por lo que, los jueces deberán aceptar la existencia de la estafa triangular cuando un sujeto, con el fin de obtener una ventaja patrimonial ya sea para sí mismo o para otra persona, por medio de engaños, haga caer en error a otra persona que teniendo un poder jurídico otorgado o un poder de hecho, a consecuencia del engaño, realice una disposición patrimonial perjudicial que afecte al patrimonio de una tercera persona ajena a la relación que se llevó a cabo entre el infractor y el engañado que dispone.

Capítulo V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

El delito de estafa, es un tipo delictual que apareció desde tiempos remotos, la cual ha tenido desde la antigüedad hasta nuestros días, constantes cambios y una significativa evolución.

Doctrinarios de todos los tiempos han puesto énfasis en analizar este tipo penal, determinándose así los elementos necesarios para que se constituya tal delito. Sin embargo, muy pocos tratadistas han logrado entender y desarrollar el tema a profundidad encontrando así un sin número de interrogantes que alrededor del tema se presentan.

El concepto tradicional de estafa que solo hacía referencia a la existencia de dos sujetos en la configuración del delito en cuestión, ha llegado a ser obsoleta e insuficiente para abarcar todos los multiformes casos que en la realidad se dan, ya que, en la práctica y con especial relevancia, existen supuestos en los cuales aparecen tres sujetos que necesariamente deben coexistir para que se pueda hablar de la configuración de una estafa triangular.

De igual manera, la legislación en muchos países, no ha establecido un concepto claro de este tipo penal; el análisis histórico que hemos realizado, nos permite concluir que la legislación penal se ha caracterizado por mantener un sistema casuista del delito de estafa, limitándose a describir formas de engaño y sin dar una definición o tipo básico del delito de estafa, y mucho menos han observado la posibilidad del delito de estafa en triángulo y los elementos que esta necesita para su conformación.

En nuestro caso tanto la doctrina, la jurisprudencia y la legislación ecuatoriana no han analizado a profundidad el tema de la estafa en triángulo, no han examinado los componentes que esta debe tener para que se considere su realización o existencia, tampoco, han estudiado las diferencias que esta estafa triangular presenta frente a la estafa tradicional. Peor aún, ni los tratadistas, ni la jurisprudencia, se han pronunciado sobre si la estafa en triángulo esta o no contemplada en nuestra legislación vigente, tomando en cuenta los principios generales de derecho, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución y las leyes de nuestro país.

Por tales motivos, se concluye y es evidente que el estado de la cuestión, es decir sobre la estafa en triángulo es un terreno árido, en el cual poco o nada se ha manifestado. Frente a esto y por la importancia que el tema representa para nuestro sistema penal, a lo largo de este trabajo, se ha analizado y desarrollado a profundidad todas las interrogantes que puedan derivar de la estafa en triángulo, llegando así a varias conclusiones:

La estafa en triángulo, por su propia naturaleza, y como su nombre advierte, tiene elementos singulares que la distinguen de la estafa tradicional. Estos componentes que en primer lugar evidencian la obligatoriedad de la intervención de tres sujetos, que desempeñan papeles totalmente disímiles, y que por ende requieren de un especial tratamiento a la hora de determinar en el caso en concreto la producción de la estafa triangulada, tienen que ser examinados en concatenación a otro elemento diferenciador el cual hace referencia a la necesidad o no de una relación especial jurídica o de hecho que debe poseer el tercero actuante frente al patrimonio afectado.

Es decir que, la primera cuestión que debe ser resuelta es la clase de vinculación que debe existir entre los tres sujetos intervinientes, y la vinculación que debe existir entre los sujetos intervinientes y el bien objeto de una disposición patrimonial perjudicial.

De lo analizado a lo largo del presente trabajo se concluye que la estafa en triángulo requiere de la presencia de tres sujetos, el primero debe ser el sujeto activo del delito, el cual dolosamente y con ánimo de obtener una ventaja patrimonial, despliegue engaños o ardidés para inducir a error a otro sujeto y que éste último a causa del engaño y por error realice una disposición patrimonial que no perjudica a este disponente sino a otro, un tercero ajeno. El segundo sujeto que debe necesariamente intervenir es el engañado-disponente, sobre el cual debe recaer el engaño y en el cual debe producirse el error y por ende debe realizar la disposición patrimonial lesiva. El tercer sujeto que debe concurrir para que se dé una estafa triangular es el tercero ajeno, este sujeto debe ser el dueño o titular del bien dañado, sin embargo, no debe conocer al sujeto activo de la acción, tampoco debe conocer el engaño o ardid desplegado por el engañador, es la persona realmente afectada, es el sujeto pasivo del delito, que aun desconociendo el delito perpetrado y a su agente, resulta en definitiva lesionado patrimonialmente.

La estafa en triángulo requiere ciertos vínculos entre los sujetos que la conforman y el objeto de disposición patrimonial perjudicial. No es necesario que el sujeto activo del delito tenga conocimiento de que el bien que va a resultar lesionado no será el del sujeto engañado y disponente, sino el de un tercero. Claro que pueden darse supuestos en los cuales el engañador tenga pleno conocimiento de que el bien sobre el cual se realizará una disposición patrimonial dañosa, es perteneciente a otro sujeto diferente del engañado-disponente. El sujeto perjudicado, sujeto pasivo del delito (tercero ajeno), debe ser el dueño del patrimonio que será lesionado, debe ser el titular. Por último el sujeto engañado y disponente que juega un rol primordial en la configuración de estafa en triángulo, debe tener una especial relación con el patrimonio agredido.

Sobre el tema hemos visto que, en doctrina se han formulado dos teorías, la de la legitimación jurídica o autorización y la de la situación. Empero, en nuestro país nada se ha establecido sobre este aspecto, ni los tratadistas ecuatorianos

ni la jurisprudencia se han pronunciado sobre aquello. No obstante, de lo estudiado y analizado a lo largo de este trabajo, concluimos que de conformidad con los principios generales de derecho, nuestra Constitución y las leyes penales del Ecuador, para que se considere la configuración de una estafa triangular, a parte de la presencia de los tres sujetos mencionados, debe existir una especial relación entre el sujeto que es engañado y que por ello realiza la disposición patrimonial perjudicial y el bien atacado. Por lo que, creemos correcto y así lo deberían entender los conocedores del derecho, que para que se constituya la estafa triangular, es preciso que el engañado-disponente ostente, respecto del patrimonio del tercero perjudicado, y sobre el cual dispone, una facultad de hecho o de derecho, que sea equivalente a la del titular del mismo, en el momento en que realiza la disposición patrimonial perjudicial. Por lo que, nosotros estamos de acuerdo con la teoría de la situación, permitiéndonos añadir que la disposición debe ser semejante a la que hubiera realizado el titular, esto quiere decir y se traduce en la necesidad de observar si en el caso en concreto el engañado-disponente estuvo en una situación real de incidir sobre los bienes del tercero, sea por una situación de poder de hecho (aceptación por el titular) o por un poder de derecho (legalmente otorgado por el titular).

No se debe entender el elemento de la vinculación entre el engañado-disponente, desde la perspectiva de la teoría de la autorización o legitimación jurídica, ya que, esta rechaza que la disposición sobre un patrimonio ajeno pueda ser constitutiva de estafa cuando el disponente se encuentra en una mera relación de hecho con el bien objeto de la disposición perjudicial, debiendo remitirse tales supuestos al terreno del hurto en autoría mediata por error del instrumento.

Rechazamos tal concepción y las consecuencias que esto conlleva, puesto que, en primer lugar, la autoría mediata requiere que el sujeto activo del delito se valga de otro como instrumento, es decir se necesita que lo utilice para que este efectúe la acción típica, que como hemos visto en el caso de la estafa

tradicional y la estafa triangulada, es el engaño. Por tanto, es evidente que la aplicación de hurto en autoría mediata no cabe en los supuestos en los cuales un sujeto aunque sin legitimación jurídica a causa de engaño y por error realice la disposición patrimonial dañosa que perjudique a una tercera persona, pues en estos casos el sujeto engañado que realiza la disposición no ejecuta la acción típica, no engaña a nadie, por el contrario es éste el engañado y sobre el cual recae la acción típica.

En segundo lugar, objetamos la teoría de la autorización o legitimación jurídica, la cual exige como presupuesto de la disposición patrimonial típica su eficacia jurídica y su licitud, puesto que es indiscutible la autonomía del Derecho penal frente al Derecho civil en referencia a la conceptualización del acto de disposición mismo, así, no tiene sentido la limitación que realizan los partidarios de esta teoría, pues lo único que debe interesar al analizar el caso en concreto es la actuación de hecho y la eficacia que realmente se ha dado, midiendo el perjuicio que es la consecuencia inmediata de la disposición patrimonial lesiva que por engaños y en situación de error realizó una persona que tenía incidencia real sobre determinado bien.

En el ámbito de las personas jurídicas no cabe la posibilidad de error, primero porque el tipo de estafa en triángulo, requiere la existencia de ciertos elementos, como el engaño, el error, que son indispensables en este, por tal motivo, es incuestionable que las personas jurídicas no pueden ser engañadas y por tanto tampoco pueden caer en error, es decir las personas jurídicas no pueden caer en una situación mental por la cual tengan una creencia errónea entre lo real y lo que piensan que es real. Por consiguiente, para que se pueda dar una estafa en triángulo, que afecte el patrimonio de una persona jurídica, debe intervenir necesariamente una persona natural, que sí puede ser víctima de engaño y luego pueda por una creencia errónea ejecutar una disposición patrimonial que perjudique a otro.

En la estafa triangular el tercero interviniente que es el engañado-disponente, tiene un rol predominante, pues, este por una situación de poder de hecho o de derecho, puede afectar un bien perteneciente a otra persona. Y, en especial en el supuesto de estafa en triángulo que perjudica el patrimonio de una persona jurídica, se debe realizar un especial análisis de la actuación del engañado y disponente.

El análisis que se debe realizar, debe recaer sobre dos puntos, en el primero, se debe examinar los requisitos del engaño desplegado para ver si la afectación sufrida a causa de este, amerita la protección penal. Es decir se tiene que verificar en el caso en concreto si el engaño fue precedente o concurrente y bastante, esto se debe medir a la luz de la personalidad del sujeto activo del delito y la del sujeto sobre el cual recae la acción típica (engañado), ya que, se considerará el engaño suficiente en la medida en que realmente se perjudique el patrimonio de un ajeno por causa de este engaño.

El segundo punto que se requerirá considerar es si el sujeto engañado, teniendo el deber de ejecutar o poner en marcha todas las herramientas necesarias para no realizar una disposición patrimonial lesiva para otro, a causa de error y por efecto del engaño, no efectúa tales, cuál será la respuesta del derecho penal frente a este supuesto; ¿ se deberá concluir el cometimiento de una estafa en triángulo y así brindar toda la protección del caso?, o por el contrario tal supuesto ¿no deberá recaer en el ámbito del derecho penal?.

Sobre este asunto, y después de haber estudiado varios puntos de vista, concluimos que la respuesta deberá variar de caso a caso, porque, se deberá investigar en cada uno si el tercero actuante tenía el deber de comprobar si lo que el aparente engañador afirmaba era verídico, es decir concordante con la realidad. Este análisis se deberá contraponer con el engaño ejecutado por el sujeto activo del delito.

La estafa en triángulo no es un delito de autolesión, pues para que se considere tal, el sujeto sobre el cual recae el perjuicio debe haber decidido él mismo tal afectación, cosa que desde todo punto de vista en la estafa en triángulo no sucede, ya que, el sujeto engañado que no es el dueño del patrimonio afectado, es quien a causa de engaño y por error decide efectuar la disposición patrimonial, que en definitiva no lo afecta, sino a otra persona. Por lo que, es innegable que en los supuestos en los cuales se da un desdoblamiento de los sujetos, no cabe denominar a la estafa en triángulo como un delito de autolesión. En este aspecto también se demuestra otra diferencia que existe entre la estafa tradicional y la estafa en triángulo.

El error del tercero actuante (engañado y disponente), no es en ninguna medida imputable a la persona jurídica perjudicada (dueño-titular del patrimonio lesionado), primero, porque en el delito de estafa en triángulo, en el que el afectado es una persona jurídica, el engaño no puede recaer sobre un ente ideal y por ende esta no puede actuar por error, esto conforme a principios generales de derecho, segundo, porque como el que dispone no es el titular del patrimonio no se configura un delito de autolesión. Y considerando que según nuestra opinión, para que se entienda constituida una estafa triangulada, nos parece suficiente que el engañado y disponente posea un poder de hecho equivalente al del titular, sobre los bienes objetos de la disposición patrimonial, creemos que el error del tercero actuante no puede irrogarse al afectado ya que en los casos prácticos que no muy pocas veces se desarrollan en la realidad, se observa que una persona aunque sin poder jurídico puede objetivamente disponer sobre determinados bienes pertenecientes a una persona ajena a la situación que se produjo entre el engañador y el engañado que dispuso del patrimonio.

La estafa en triángulo se encuentra tipificada, es decir se encuentra expresamente señalada en la legislación española, la cual en artículo 248 del Código Penal, a más de establecer una definición práctica de lo que se debería entender por delito de estafa, admite que pueden existir en la realidad casos de

estafas en triángulo, en los cuales el dueño del patrimonio no es el que decide a causa de engaño y por error su propia afectación, sino que, lo hace otro sujeto que deberá tener el poder de realizar una disposición patrimonial.

Para realizar consideraciones respecto de la estafa en triángulo en nuestro país, se debe tomar en cuenta como marco normativo, la Constitución de la República del Ecuador, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, tratados internacionales sobre derechos humanos y los principios generales del derecho.

El principio de legalidad en Ecuador toma un significado más profundo, pues este se encuentra contemplado no sólo en nuestras leyes sino también en la Constitución de la República.

El principio de legalidad cumple una doble función, es el mecanismo limitador del ejercicio del ius puniendi de un estado, y es una garantía para cada ciudadano, es decir con esto cada individuo tiene la protección contra la potestad punitiva que ostenta un estado, obligándolo a este a actuar dentro de los parámetros de la ley.

El principio de legalidad, está compuesto por varias directrices, la primera, hace referencia a que la ley penal debe ser siempre escrita, esto quiere decir que el poder legislativo en el derecho penal, para poder tipificar un acto como delito, debe hacerlo siempre por escrito, en el derecho penal no tiene cabida la costumbre o los principios generales del derecho no escritos, exclusivamente mediante ley escrita se pueden crear delitos y penas.

La segunda directriz, implica que la ley penal debe ser previa, por lo que, en este ámbito no se puede sancionar un acto u omisión que al momento de su cometimiento no estuvo tipificado, previsto como un delito y por ende sancionado con una pena.

La tercera directriz se traduce en la necesidad de que la ley penal debe ser estricta, es decir, que sea taxativa, que de certeza y seguridad, esto deriva en la obligatoriedad de que los actos u omisiones que se consideren como injustos penales, deban estar expresamente contemplados y detallados junto con la sanción, por lo que esta ley penal debe ser clara, no tener ambigüedades, y, no dejar a la mera interpretación. Este principio que como se dijo consta como una garantía en la Constitución, obliga a todos los poderes del estado a actuar en observancia a las exigencias que este implica.

Tanto el Código Penal de 1938 que sigue vigente, y el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, determinan en sus textos el principio y la exigencia de interpretar la ley en forma literal y estricta, además, de la prohibición de interpretación extensiva, esto quiere decir que, el ejecutivo al igual que el judicial, no pueden en ningún caso y por ningún motivo realizar una interpretación por medio de la cual se pretenda extender el sentido de la norma a casos similares, sin que en el articulado se encuentre explícitamente contenido el caso tratado.

No se debe confundir la interpretación extensiva con la analogía, dado que, como dijimos la una se refiere al ejercicio que se debe hacer para dilucidar si cierto supuesto esta contenido dentro de la norma, y la otra en cambio significa que después de realizada la interpretación extensiva, se aplique la ley es decir una determinada pena a un supuesto que no estaba expresamente admitido dentro del articulado sino que por ser similar se resuelve y sanciona el caso no contemplado.

Sin embargo, en nuestro régimen y no solo en el Código Penal actual sino también en el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, se prohíbe formalmente, la utilización de la interpretación extensiva y de la analogía. Esto se da, ya que, el derecho penal, es un ámbito en el cual por su naturaleza requiere de absoluta certeza y seguridad jurídica al momento de sancionar como delito, un acto u omisión realizados por una determinada persona.

La estafa triangular en nuestro sistema penal no se encuentra tipificada al menos en el Código Penal que actualmente nos rige, esto se infiere después de haber realizado un exhaustivo análisis de la normativa penal, la Constitución y los principios generales de derecho, pues, el principio de legalidad y todo lo que esto conlleva, impide imperativamente, realizar un análisis de interpretación que comporte incluir como infracción penal un supuesto que no está literalmente escrito dentro de la norma, en esta línea de ideas, los jueces no pueden admitir que en el artículo 563 del Código Penal vigente se contemple la estafa en triángulo y mucho menos sancionar por el cometimiento de la misma, de lo contrario, estarían yéndose en contra de lo dispuesto tanto en la Constitución, la ley penal, los tratados internacionales y los principios generales de derecho. Además, no sería correcto, porque, como hemos observado la estafa en triángulo al contraponerla con la estafa tradicional, presenta diferentes matices que son indispensables para la configuración de su cometimiento, y por ende el análisis que debe tener esta también debe ser diferente.

Y en caso de que se realice una interpretación errónea, y que por ende se acepte contenida una estafa en triángulo en el artículo 563 de nuestro Código Penal, esta interpretación, no puede ser aplicada porque existe otro componente que lo impide, el indubio pro reo, puesto que, en caso de duda, se deberá estar a lo más favorable para el reo.

Por tanto, a nuestro criterio, creemos que si el Código Penal ecuatoriano, a diferencia por ejemplo del ordenamiento español, no hace referencia explícita a esta clase de conductas, resulta peligroso a la luz del principio de legalidad extender los alcances del tipo determinado en el artículo 563 del Código Penal en mención.

En el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, si se encuentra prevista la estafa triangular, ya que, expresamente en el articulado, se consiente la posibilidad en la cual el sujeto activo no engaña al titular del bien afectado sino

a otro, por consiguiente, el sujeto que no es dueño del bien realiza la disposición que perjudica a otra persona. No obstante, se evidencia que no se ha previsto, ya que, nada se menciona en cuanto qué relación debe existir entre el sujeto que por engaño y en estado de error, realiza efectivamente la disposición patrimonial perjudicial, con el bien objeto de la disposición. Es decir no se manifiesta nada sobre el elemento diferenciador, en la estafa triangular que la hace especialmente relevante, pues se debería haber determinado la relación mencionada para saber cuándo se deberá entender configurada una estafa triangular.

Nosotros pensamos, que para la configuración de una estafa en triángulo, no es necesaria la existencia de una especial relación jurídica entre el sujeto al cual se dirigió el engaño y que realizó la disposición (engañado-disponente) y el patrimonio efectivamente lesionado, sino que nos es suficiente para declarar constituida una estafa triangular cuando entre el engañado y disponente y el patrimonio agredido medie una relación de hecho equivalente al del titular legítimo del bien.

Por lo que, nuestra postura en referencia al tema de la relación entre sujeto engañado y el objeto en la estafa triangulada, está en concordancia con la teoría de la situación de la cual se ha hablado en líneas anteriores, agregándole una componente extra como condición, porque nos parece importante e imprescindible que esta relación, sea equivalente a la del sujeto que en definitiva es el afectado.

Es decir, el tercero actuante que no es el dueño del patrimonio afectado, debe estar respecto del patrimonio del titular lesionado, en una posición en la cual realmente pueda incidir en la esfera de determinado bien, por lo que, se puede tener un poder de derecho legalmente otorgado o poseer de hecho el poder de influir y tomar la decisión de disponer sobre un bien en específico perteneciente a otra persona.

Criticamos la teoría de la autorización, ya que, como se advirtió si aceptáramos la teoría de la legitimación jurídica algunos supuestos en los cuales el tercero actuante no titular que fue víctima de engaño y que realice una disposición patrimonial, quedarían sin protección, y siendo erróneamente direccionados al ámbito del hurto en autoría mediata.

En conclusión, como puede observarse, el asunto de la estafa en triángulo, no carece de importancia, si no por el contrario, a la postre se debe dilucidar las no pocas interrogantes que se presentan en torno a este tema, pasando por analizar y determinar si en el ordenamiento penal esta o no tipificada y prevista la estafa triangulada como una infracción penal y por ende con una sanción contemplada para quien cometiera tal injusto, claro teniendo en cuenta la Constitución, ley penal, los tratados internacionales y los principios generales del derecho; siguiendo, con el estudio y establecimiento de los elementos que deben concurrir para aceptar la configuración del tipo penal en cuestión. No es, por tanto, injustificada la necesidad de protección correcta que el derecho penal debe dar en el caso de esta figura, para que aquellos supuestos en los que el desvalor, tanto de la conducta realizada, como del resultado dañoso que se produzca, tengan un especial análisis que sea acertado, para que así, estos casos que en la práctica se dan con mucha frecuencia, no queden fuera de la protección legal apropiada por parte del derecho penal.

5.2 Recomendaciones

Para entender y dar el debido tratamiento a la estafa en triángulo, se debe tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

- Los jueces no pueden y no deberían sancionar un acto como constitutivo de estafa en triángulo, sin que esto este expresamente determinado y contenido dentro de la normativa penal, castigándose así como un injusto y con una pena específica. Ya que, de lo contrario estarían creando delitos y contraviniendo la Constitución, la ley penal, los

principios generales de derecho, y quitando así la certeza y seguridad jurídica que en el derecho penal debe darse obligatoriamente.

- La estafa triangulada como hemos observado, tiene elementos que la diferencian de la estafa tradicional, por tanto, tiene que ser examinada tomando en cuenta todos sus componentes que son:

a) El dolo

b) El ánimo de obtener una ventaja patrimonial

Estos, constituyen los elementos subjetivos del tipo subjetivo.

c) El engaño y el ardid

d) El error

e) La disposición patrimonial por parte del engañado-disponente que no es dueño del bien,

f) El perjuicio que debe recaer en un tercero ajeno a la relación que se tiene que dar entre el sujeto activo y el engañado-disponente,

g) La necesaria presencia de tres sujetos que juegan distintos papeles, y que estos deberán ser:

- El sujeto activo del injusto (engañador), el que realiza la acción típica de engañar;

- El sujeto engañado y disponente (no dueño del patrimonio), al cual se dirige el engaño, que cae en error y por esto realiza la disposición patrimonial y;

- El sujeto pasivo del delito sobre el cual recae el perjuicio, pero que no debe haber tenido ningún contacto con el sujeto activo, no debe haber sido engañado, ni haber caído en error, ni haber efectuado la disposición patrimonial;

h) Una especial relación entre el engañado-disponente y el patrimonio lesionado que puede ser de hecho (teoría de la situación) o de derecho (teoría de la legitimación jurídica o autorización).

- Para analizar el aspecto del engaño o ardid, se debe tener en cuenta tanto la personalidad del sujeto engañado como la del sujeto engañador, examinado este componente en el caso en concreto y estableciendo la idoneidad del engaño o ardid, en referencia a la real disposición que se haya efectuado.
- La consumación de la estafa triangular se debe entender realizada necesariamente en el momento en el que el sujeto engañado y disponente ejecuta la disposición patrimonial, sin que sea obligatorio para declarar la consumación de este tipo delictivo, que el sujeto activo haya obtenido y gozado realmente del equivalente provecho patrimonial adquirido mediante el injusto.
- La configuración de la estafa triangulada, se la debe declarar siempre y cuando el sujeto engañado y disponente ostente en referencia al bien objeto de disposición una especial relación.
- Esta especial relación se la tiene que concebir y se traduce en la sola necesidad de que en el caso en concreto o en análisis, el engañado-disponente posea respecto de la cosa, un *poder de hecho* equivalente al del dueño del bien. Es decir se debe entender este requisito como el grado de *incidencia real* que debe tener el tercero actuante no titular en la esfera del patrimonio lesionado.
- No se debe exigir como requisito para la configuración de la estafa triangular, que la persona que es engañada y que dispone efectivamente de la cosa, posea frente al patrimonio agredido un poder o autorización jurídicamente otorgada por el titular del bien.
- Se debe admitir categóricamente la existencia de una estafa triangular cuando el sujeto activo de la infracción, engaña y hace caer en error al tercero actuante (engañado-disponente) que ostente ya sea poder de

hecho o de derecho respecto del patrimonio perteneciente a una persona jurídica. Pues es evidente y así lo hemos explicado que las personas jurídicas conforme a principios generales de derecho no pueden ser engañadas y por lo tanto tampoco pueden caer en error, ya que, en este supuesto y de este modo no puede lograrse una mente errada. En esta línea de ideas muchos autores dirían que en estos supuestos no ha existido una estafa. Sin embargo, en la práctica si se presentan con mucha afluencia este tipo de casos en los cuales el afectado patrimonialmente es una persona jurídica, que nunca realizó disposición alguna.

- Por lo tanto, estos casos no deben quedar sin respuesta penal, y para dar protección penal a los supuestos mencionados en el párrafo anterior, es necesario y así lo deberían entender los conocedores y aplicadores del derecho, que estos casos son constitutivos de estafa en triángulo. Pues se presentan todos los elementos para declararlo así. Evitando precisamente, un análisis y aplicación del derecho penal erróneo, al no determinar la existencia de estafa triangular y re direccionar estos supuestos a otros tipos delictivos.
- La estafa triangulada no puede ni debe ser catalogada como hurto, porque la posesión del bien se lo logra con el consentimiento del engañado-disponente. No obstante, en el caso que nos interesa, que es el de la estafa en triángulo, este aspecto, toma absoluta relevancia, puesto que, como se ha verificado en estos supuestos, el consentimiento no lo da el dueño del bien objeto de la disposición.
- En consecuencia con lo mencionado, y aunque un sector de la doctrina considere que en la estafa en triángulo se utiliza al tercero actuante (engañado-disponente) como instrumento de comisión del delito en una verdadera autoría mediata, recomendamos que no se lo entienda de esta manera, ya que el tercero interviniente no realiza la acción típica

consistente en engañar, sino que por el contrario es este el que sufre el engaño desplegado por el sujeto activo del delito, sobre el cual recae la acción.

- No cabe y no se debe describir a la estafa en triángulo como un delito de autolesión, dado que, el lesionado patrimonialmente no decide su propia afectación. En este orden de ideas, se evidencia que el delito de estafa triangulada respecto de su tipificación a título de estafa simplemente se opone a esto el carácter de delito de autolesión del tipo, que en doctrina es unánimemente sostenido.
- Sin embargo de lo expresado, y tomando en cuenta lo estudiado a lo largo de estas páginas, y observando lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, hemos ido analizando las posibilidades de calificación de los supuestos que debe enmarcar la estafa en triángulo, consistentes en que una persona con dolo y ánimo de obtener beneficio patrimonial, induzca con engaño o ardid a otra persona que aunque no siendo el dueño de cierto patrimonio por error realice una disposición patrimonial que no tiene o surte efectos perjudiciales en su patrimonio sino en el patrimonio de un sujeto distinto. De este modo, hemos llegado a las siguientes grandes recomendaciones que culminan con nuestro trabajo:
 - i. Ya se ha previsto, expresamente la estafa en triángulo en el Código Orgánico Integral Penal, y aunque esta no comparta con la estafa tradicional el carácter de delito de autolesión y aunque presente elementos que evidencien la diferencia que esta tiene respecto de la otra, consideramos y recomendamos que no se debería tipificar a la estafa triangulada como un delito autónomo, es decir fuera del artículo que contemple una estafa tradicional, sino que se deberá prever esta en el mismo artículo.

- ii. Claro está y en concordancia a lo mencionado, esta previsión de la estafa en triángulo en un mismo artículo con la estafa tradicional, debe ser de forma explícita, debe estar expresamente contenida dentro de la normativa penal, indicándose así sus elementos configuradores y en especial no dejando a la mera interpretación el tema de la relación que debe darse entre el sujeto engañado-disponente y el patrimonio dañado.

- iii. Como se dijo se recomienda incorporar dentro del articulado que contemple la estafa en triángulo, la necesidad de la vinculación que debe existir entre el tercero actuante y el bien objeto de disposición en concordancia a lo expuesto por la teoría de la situación. De otro modo, este aspecto quedaría a la interpretación del juez, que tendrá para su análisis dos corrientes que con posturas sólidas defienden su opinión (teoría de la legitimación jurídica y teoría de la situación).

REFERENCIAS

- Arroy, L., & Nieto, A. (2006). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Castilla la Mancha : Universidad deCastilla la Mancha.
- Arroyo, A. (2005). *Los delitos de estafa y falsedad documental*. Barcelona: Bosch S.A.
- Arteaga, A. (2007). *Estafa y Apropiación Indevida en la Legislación Penal Venezolana*. Caracas: Talleres Tipográficos de Miguel Ángel García e Hermanos.
- Bustos, J. (2008). *Derecho Penal Parte General Volumen II*. Quito: Editorial Jurídica Del Ecuador.
- Código Penal*. (15 de Febrero de 2012). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Obtenido de Lexis S.A.- El Portal Jurídico del Ecuador: <http://www.lexis.com.ec/website/content/servicio/esilec.aspx>
- Constitución de la República del Ecuador* . (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Creus, C. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
- Donna, E. (2007). *Derecho Penal Parte Especial Tomo II - B* . Buenos Aires: RUBINZAL- CULZONI.
- Engaño bastante a personas jurídicas, 1033/2009 (Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal Gabinete Técnico 22 de 12 de 2009).
- Engaño bastante a personas jurídicas, 1033/2009 (Tribunal Supremo 22 de 12 de 2009).
- Etcheberry, A. (1998). *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ferreiro, C.-P. (1997). *Estafas*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Fuente, E. D. (2000). *Estafas y Otras Degraudaciones - II*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Gutierrez, M. L. (1991). *Fraude informático y estafa*. Madrid: Ministerio de Justicia.

- Hernández, H. (2010 de julio de 2010). *La estafa triangular en el derecho penal chileno en especial la estafa procesal*. Obtenido de Scielo Chile: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art09.pdf>
- Maiulini, M. L. (2000). *Estafas y Otras Defraudaciones - II*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Muñoz, F. (2009). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: tirant lo blanch.
- Muñoz, F., & García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Neila, J. (2012). *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas*. Barcelona: Bosch S.A.
- Nuñez, E. (1998). *La Estafa de Crédito*. Valencia: tirant lo blanch.
- Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. (2013). Quito.
- Romero, G. (2007). *Delito de estafa análisis de modernas conductas típicas de estafa nuevas formas de ardid o engaño*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Terragni, M. (2009). *Dolo Eventual y Culpa Consciente*. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni.
- Zavala, J. (1988). *Delitos Contara la Propiedad Tomo II*. Guayaquil: EDINO.