



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

Diferencias entre el delito de estafa y apropiación indebida como aporte a
la Legislación Penal Ecuatoriana.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos para obtener
el título de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador.

PROFESOR GUÍA:
Dr. Álvaro Román

AUTOR:
Galb Javier Madera Jaramillo

2011
Quito

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con los estudiantes, orientado sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los trabajos de Titulación.”

Álvaro Román.
Doctor en Jurisprudencia
C.I. 170726178-8

DECLARACIÓN DE LA AUTORIA 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 del autor vigentes.”

Galo Javier Madera Jaramillo.

C.I. 171289276-7

AGRADECIMIENTO

Mi sueño dorado que sentenció mi futuro profesional, cuando ingresé a la Universidad de las Américas, fue culminar con mi graduación en este Centro Universitario. Hoy lo he logrado con la presentación de mi Tesis para que la Universidad me reconozca el título de Abogado.

Salgo a la vida cotidiana a ejercer mi profesión académica, con el orgullo y satisfacción que me inspiró ese Centro de Educación Superior; y me ufano en decir que tuve la suerte de recibir la mejor preparación de mis estimados profesores y autoridades del Plantel, para quienes les expreso mi profundo agradecimiento.

Galo Javier Madera Jaramillo.

DEDICATORIA

La mejor inspiración de mi vida estudiantil ha sido mis adorados padres, quienes se han constituido en el gran soporte de mi carrera universitaria para lograr el éxito que he logrado, con el honroso título de Abogado.

Llor a mis padres, que siempre los llevaré a mi lado. Ellos representan mi mejor bandera en mi educación y formación, y espero que toda la vida tenga la suerte y la dicha de tenerlos a mi lado. Igual agradecimiento hago ostensible a mi esposa, quién también me han apoyado en los momentos más difíciles de mi vida para lograr el éxito de graduarme con el título de Abogado.

Galo Javier Madera Jaramillo.

RESUMEN

El trabajo de investigación realizado para mi tesis, se enmarca en las necesidades, que los profesionales del derecho tienen respecto a las formas y modos de tipificar el delito de estafa y apropiación indebida, así como, interpretar la norma punitiva, y los métodos para probar dentro de este delito. La mayoría de delitos de apropiación indebida y estafa, quedan en la impunidad por cuanto no se ha podido ni comprobar, ni probar la existencia del delito ni la responsabilidad de los actores, lo que lleva a la impunidad y el perjuicio patrimonial en el cual, caen las víctimas o sujetos pasivos. La mayor parte de pruebas aportadas por los abogados quedan desestimadas por cuanto desconocen la eficacia de cada instrumento probatorio, y otro problema más es la confusión que existe cuando se aplica la tipología de cada delito estudiado esto es confunden los elementos objetivos y subjetivos de la estafa con la apropiación indebida. Como resultado se ha podido establecer que el delito de estafa y la apropiación indebida por naturaleza afectan a la propiedad pero objetiva y subjetivamente los dos tipos afectan a la fe pública, por cuanto, así como el falsificador de firmas atenta a la fe pública que da el notario, el estafador afecta a la fe pública que dan los sujetos pasivos dentro de la sociedad. Como conclusiones podemos establecer que el derecho procesal penal no ha establecido las formas correctas para probar estos dos delitos.

ABSTRACT

The work of investigation realized for my thesis, it places in the needs, which the professionals of the right have with regard to the forms and manners of typifying the crime of swindle and undue appropriation, as well as, to interpret the punitive norm, and the methods to try inside this crime. The majority of crimes of undue appropriation and it defrauds, they stay in the impunity since not to could neither to verify nor prove either the existence of the crime or the responsibility of the actors, which leads to the impunity and the patrimonial prejudice in which, they fall the victims or passive subjects. Most of tests contributed by the attorneys remains misestimated since they do not know the efficiency of every evidential instrument, and another problem more is the existing confusion that exists when that exists when there is applied the typology of every studied crime this is they confuse the objective and subjective elements of it her defrauds with the undue appropriation. As result to could establish that the crime of swindle and the undue appropriation for nature they concern the property but it targets and subjectively both types concern the public faith, since, as well as the forger of signatures commits an outrage against the public faith that the notary gives, the swindler concerns the public faith that the passive subjects give inside the company. Since conclusions we can establish that the penal procedural law has not established the correct forms to prove these two crimes.

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO I.....	4
1.1 LA ESTAFA	4
1.2 CONCEPTO DE ESTAFA	5
1.3 BIEN JURIDICO TUTELADO	6
1.4 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA ESTAFA	8
1.4.1 EL ENGAÑO	9
1.4.1.1 EL ENGAÑO COMO OBJETO MATERIAL DE LA ESTAFA.....	9
1.4.1.2 TIPO OBJETIVO	11
1.4.1.3 LOS MEDIOS EMPLEADOS.....	13
1.4.1.4 EL NOMBRE FALSO.....	13
1.4.1.5 LA FALSA CALIDAD	14
1.4.1.6 PERSUADIR LA EXISTENCIA DE FALSAS EMPRESAS	14
1.4.1.7 MANEJOS PARA HACER NACER LA ESPERANZA O EL TEMOR DE UN ACCIDENTE O DE CUALQUIER OTRO ACONTECIMIENTO QUIMÉRICO.....	15
1.4.2 EL ERROR.....	16
1.4.2.1 CONCEPTO DE ERROR.....	16
1.4.3 ACTO DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL.....	19
1.4.4 CONCEPTO DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL	19
1.4.5 ENTREGA DE COSAS DETERMINADAS	20
1.4.6 EL PERJUICIO.....	21
1.4.7 EL ÁNIMO DE LUCRO.....	22
1.4.7.1 TIPO SUBJETIVO.....	22
1.5 REFERENCIA PERSONAL	27
CAPITULO II.....	29
2.1 LA APROPIACION INDEBIDA	29
2.1.1 CONCEPTO.....	29
2.1.2 ESTRUCTURA JURIDICA DEL DELITO	32
2.1.2.1 ACCIÓN.....	33
2.1.2.2 LA DISTRACCIÓN.....	34
2.1.2.3 LA DISIPACIÓN	36
2.1.3 ENTREGA DE LA COSA MUEBLE	38
2.1.4 EL PERJUICIO AJENO.....	39
2.2 EL OBJETO MATERIAL (LA COSA)	40
2.2.1 LA ENTREGA DE LA COSA	40
2.2.2 ENTREGA VOLUNTARIA Y SIN VICIO	41
2.2.3 ENTREGA DE LA COSA A TÍTULO PRECARIO.....	41
2.3 ESTUDIO DEL NEXO CAUSAL DE LA APROPIACION INDEBIDA	43
2.3.1 TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES.....	44

2.3.2	TEORÍA DE LA ÚLTIMA CONDICIÓN	45
2.3.3	TEORÍA DE LA CONDICIÓN MÁS EFICAZ.....	45
2.3.4	TEORÍA DE LA ADECUACIÓN.....	46
2.3.5	TEORÍA DE RESULTADO	47
2.4	TEORÍA DE LA RELEVANCIA JURÍDICA	49
2.4.1	CLASES DE RESULTADOS.....	50
2.5	ANTI JURIDICIDAD	50
2.5.1	CONCEPTO	51
2.5.2	ANTI JURIDICIDAD MATERIAL Y FORMAL.....	51
2.5.3	ANTI JURIDICIDAD OBJETIVA.....	52
2.6	CULPABILIDAD	52
2.6.1	CONTENIDO DEL JUICIO DE CULPABILIDAD	53
2.6.2	ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD	53
2.7	COMENTARIO	53
	CAPITULO III	55
3.1	DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA ESTAFA Y LA APROPIACION INDEBIDA	55
3.1.1	DIFERENCIAS OBJETIVAS DE LA ESTAFA CON LA APROPIACION INDEBIDA	55
3.1.2	DIFERENCIAS SUBJETIVAS DE LA ESTAFA CON LA APROPIACION INDEBIDA	58
3.1.3	DIFERENCIAS OBJETIVAS DE LA ESTAFA CON LA APROPIACION INDEBIDA	62
3.1.4	SEMEJANZAS CONCEPTUALES ENTRE ESTAFA Y APROPIACION INDEBIDA	64
3.2	CONCEPTO DE ENGAÑO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL	67
3.3	CONCLUSIONES	69
	CAPITULO IV	70
4.1	MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA PENAL APLICABLES A LA ESTAFA Y A LA APROPIACION INDEBIDA	70
4.1.1	ELEMENTO DE PRUEBA.....	70
4.1.1.1	LA OBJETIVIDAD DE LA PRUEBA	71
4.1.1.2	LA LEGALIDAD DE LA PRUEBA.....	71
4.1.1.3	OBTENCIÓN ILEGAL DE LA PRUEBA.....	71
4.1.2	ÓRGANO DE PRUEBA.....	72
4.1.3	MEDIO DE PRUEBA.....	73
4.1.4	OBJETO DE LA PRUEBA.....	73
4.2	APLICACIÓN DE LA PRUEBA MATERIAL EN EL DELITO DE ESTAFA Y APROPIACION INDEBIDA	74

4.3 VALIDEZ DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	80
4.4 VALORACION DE LA PRUEBA	83
4.5 ASPECTOS GENERALES	88
4.6 LA AUTENTICACIÓN	90
4.7 DOCUMENTOS OFICIALES	91
4.8 FOTOGRAFÍAS	92
4.9 GRABACIONES	92
4.10 DOCUMENTOS UTILIZADOS EN REEMPLAZO DE LA MEMORIA DEL TESTIGO	92
4.11 LA EXPOSICIÓN	94
4.12 REGLA DE LA “MEJOR EVIDENCIA	95
4.13 LAS PRUEBAS DEMOSTRATIVAS	97
4.14 LA PRUEBA FÍSICA O MATERIAL	99
CONCLUSIONES	103
RECOMENDACIONES	104
BIBLIOGRAFIA	105

INTRODUCCION

El código de 1906 dictado por Eloy Alfaro hace constar diez libros donde se nota que “considera con mayor atención y profundidad del sujeto activo de la infracción tratando de encontrar en su esencia la razón de causalidad del delito”¹.

Así la voluntad y la libertad del agente del delito le dan la categoría del delincuente, se refuerza en esta codificación con la participación de la inteligencia, puesto que la voluntad es la manifestación de la inteligencia, y, solo los seres dotados de esta facultad son sujetos de derecho.

El código penal de 1938 según se sabe, corresponde al Código actual vigente con algunas modificaciones tanto en la parte dogmática como dentro de la parte especial de la tipología de los delitos. Según el criterio de Jiménez de Azua, las medidas de seguridad son embrionarias en el Código de 1938, pero sabemos que se legisla no para delincuentes normales que cumplían sus condenas en cárceles, si no se lo hacía como delincuentes enfermos mentales lo que constituía un gran peligro para los demás.

El Código de 1971 determina que nuestra ley participa de clasismo y de criterios modernos, y está envuelto todo en un manto paternalista, expirado por el miedo a las verdaderas reformas, para no dislocar el sistema general conservador y lento.²

Hemos de considerar que el actual Código Penal conserva casi en su totalidad la vieja estructura e instituciones penales que nos acompañan desde el nacimiento de la república.

El Código Penal determina un sinnúmero de semejanzas entre la estafa y la apropiación indebida, los mismos que en la práctica del derecho pueden llevar a la confusión, por ser tipificaciones que básicamente tienen similitudes en cuanto a los elementos constitutivos.

¹ SACOTO, Pilar – “COMPENDIO DE INTRODUCCIÓN DEL DERECHO PENAL”.- Pag 75.- ED AED- PONTIFICI UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR, 1995.

² TORRES CHAVEZ, Efraín – “BREVES COMENTARIOS AL CODIGO PENAL ECUATORIANO”.- Pag 198 ED UNO.- Guayaquil; SEGUNDA EDICIÓ.

Con estos antecedentes, el objeto de esta tesis es estudiar e investigar los elementos constitutivos de cada uno de estos delitos, para así poder evitar confusiones y definirlos con exactitud.

La estafa supone como elementos constitutivos:

- a) Hacer entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos;
- b) Que el estafador a quien seguiremos llamando “el agente” tenga el propósito de apropiarse de una de las cosas ya mencionadas en este párrafo (fondos, muebles, etc.) que para el logro de tal entrega el agente haya hecho uso de falsos nombres, de falsas calidades, o haya empleado manejos fraudulentos.

En cuanto a los manejos fraudulentos, deben perseguir los siguientes objetivos:

- a) Hacer creer en la existencia de falsas empresas,
- b) Un poder (que en el fondo no exista);
- c) Un crédito imaginario;
- d) Infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente o cualquier otro accidente quimérico; o,
- e) Abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad (de la persona).

La confianza al ser un elemento que caracteriza al delito de estafa, se puede establecer tres momentos:

1. Investigación de las premisas;
2. Es el asentimiento al testimonio; y,
3. El acto en sí mismo de confiar.

A la apropiación indebida, se la considera como una infracción que implica evidentemente un ataque al patrimonio o contra el patrimonio, entendido éste no en su sentido etimológico como conjunto de bienes, sino más ampliamente como conjunto de bienes, derechos y cargas de que se puede ser titular con un carácter de universalidad jurídica, sin consideración alguna en cuanto a la cualificación que merezcan los distintos elementos integrantes de ese patrimonio (económico o jurídico).

En cualquier caso resulta manifiesto que la mecánica comisiva de la infracción supone la existencia de dos fases completamente distintas, porque si por la primera el presunto inculpado actúa de forma correcta, en la legalidad, recibiendo bienes o efectos en depósito, comisión, administración o en virtud de cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos a otra persona o

devolverlos al que los dio, por la segunda, ya con la concurrencia del dolo específico, se desarrolla la actividad delictiva propiamente dicha con evidente finalidad de apropiación, en el contorno del abuso de confianza y con quebranto de la lealtad.

En la apropiación se conjuga, por tanto, el engaño con el perjuicio, y el abuso de confianza, junto al dolo o ánimo de lucro, entendido éste en el más amplio significado, es cualquier beneficio, ventaja o utilidad.

La causa de la acción es distinta, pero conexa a los móviles o impulsos que siendo ajenos a aquélla, puede no obstante originar efectos agravatorios, atenuatorios e incluso eximentes.

Este tema es importante porque a más de ser novedoso es desconocido por la mayoría de personas que lo denuncian, y que además sirve para el debate jurídico y la praxis penal, lo que permite un aporte importante al desarrollo de la legislación ecuatoriana, tomando en consideración que desde ya son materias complejas.

Para evitar las fallas que se han señalado anteriormente, es necesario que en mi tesis se profundice el estudio del tema sugerido, por cuanto se debe determinar a ciencia cierta la naturaleza de estos delitos, con el objeto de que se dé a cada uno el tratamiento adecuado y no caer en la impunidad.

Por todas estas consideraciones, el tema sugerido para la realización de mi tesis servirá como guía jurídica, la misma que puede aportar en el conocimiento de la materia penal y que se utilizará como base para determinar con certeza que estos dos delitos tienen un tratamiento distinto, tanto en el procedimiento, sanción e investigación.

DESARROLLO DEL TEMA

CAPITULO I

1.1 LA ESTAFA

La estafa proviene del término latino *stellionatus* que significa “el estelión o salamandra”. El maestro Francesco Carrara³ hace una clara explicación sobre el *stellionatus* y textualmente afirma: “El estelión o salamandra, animal de colores indefinibles, pues varía ante los rayos del sol, surgió a los romanos el nombre de estelionato como título de delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctúan entre el hurto, y que aunque participen de las condiciones y de otro delito, no son precisamente ni el uno ni el otro.”

“La estafa está determinada por la palabra defraudación, la cual viene del latín *defraudatio* que significa perjudicar el derecho patrimonial de otro, y en el sentido menos comprensivo es todo engaño o fraude mediante el cual, se puede perjudicar materialmente a otro”⁴

El delito de estafa ha sido estudiado y analizado desde la aparición del derecho romano con una clara lógica, por cuanto el fundamento de la estafa es el fraude que a simples rasgos conceptuales se puede identificar como el cambio artificial de las cosas, los hechos y las personas, con el fin de perjudicar el patrimonio ajeno dentro de un negocio jurídico.

No es posible dejar de recordar que el *stellionatus* al ser un delito al patrimonio de una persona, tenía la característica de ser un delito de acción privada, por cuanto a criterio del pretor se determinaba si la conducta era merecedora de una sanción; y si esto ocurría se consideraba a la conducta como fraudulenta y debía ser objeto de un procedimiento criminal extraordinario, por cuanto este delito no se podía incluir en las tipificaciones del *furtum* o del *crimen falsi*.

³ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

⁴ PEREZ Borja Francisco, Apuntes para el Estudio del Código Penal, Tomo II, Quito-Ecuador, año 2009.

1.2 CONCEPTO DE ESTAFA

La estafa en la actualidad y respetando los criterios jurídicos del derecho romano, sigue siendo el perjuicio al patrimonio de una persona, enmarcado dentro del capítulo de los delitos contra la propiedad y guardando los mismos elementos que diferencian al hurto, la extorsión, la APROPIACION INDEBIDA, el delito de falsedad y el denominado por la ley, la jurisprudencia y la doctrina como colusión.

Si bien es cierto, estos delitos persiguen el mismo bien jurídico tutelado e incluso muchos de ellos guardan la misma relación entre los elementos constitutivos, y la diferencia más importante entre cada uno de ellos es el fraude.

El Artículo 563 de nuestra legislación adjetiva penal dice: “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.”

Como se puede apreciar, nuestro Código Penal expresa taxativamente las formas, los medios y las relaciones que se formulan dentro del fraude, pero concluye con una fórmula general que rompe la limitación impuesta, utilizando el casuismo al decir: “o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad”, dentro de cuya amplísima fórmula se encierran todas aquellas conductas que inciden en el aprovechamiento de la confianza a través de la inducción al error o aprovechando el error de la víctima.

1.3 BIEN JURIDICO TUTELADO

El Artículo 321 de la Constitución del Estado, manifiesta que “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”.⁵

Nuestra Constitución protege la propiedad de todas las personas sin distinción alguna, es más precautela la propiedad privada y dicta normas de protección a esta propiedad, por esta razón la ley penal ha tipificado sanciones penales como medio de protección a la propiedad, en todos sus formas.

El Derecho Penal, ha tipificado como delito la estafa, la cual protege el bien jurídico de LA PROPIEDAD; sin embargo hay que destacar que la estafa lesiona la propiedad de forma diversa a otros delitos como son el hurto, el robo, el abigeato y la colusión.

Sin embargo, basta con analizar el contenido de los diferentes tipos para reconocer que en realidad la protección legal va mucho más allá del mero “derecho de propiedad”⁶

Mezger manifiesta que la estafa es un “engaño al patrimonio”, criterio que no es muy acertado por cuanto en el delito de estafa no se engaña al patrimonio si no a la víctima, la cual, así engañada se despoja o se desapodera de la cosa, por lo que su propiedad queda lesionada.

El ataque a un elemento integrante del patrimonio (propiedad, posesión, derecho de crédito etcétera) solo podría constituir estafa cuando de él se derive una disminución del valor económico del patrimonio globalmente considerado, mientras que en otros tipos basta el ataque a dicho elemento patrimonial aislado para que se consuma el delito aun cuando el patrimonio considerado unitariamente, reste incólume o, incluso beneficiado.

Es decir, no se persigue la protección de la propiedad ni de la posesión o del título de crédito, sino el resguardo de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío de una persona, aunque

⁵ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR; Fuente www.derechoecuador.com

⁶ DONNA, Edgardo Alberto: Aspectos Generales del Tipo Penal de Estafa - Buenos Aires, Astrea, 1995 pg. 40

necesariamente el ataque al patrimonio de la víctima siempre se instrumenta a través de la lesión de un concreto bien o valor.

De acuerdo con esta posición, el patrimonio es el conjunto de 'derechos patrimoniales' de una persona. Sólo se considera elemento integrante del patrimonio aquel que está reconocido como 'derecho subjetivo' por el orden jurídico.⁷

Esta concepción genera tres consecuencias fundamentales:

1) No existe estafa cuando el fraude se refiere a un objeto o bien de procedencia ilícita. Está claro que en esos casos, jurídicamente hablando, no existe derecho sobre lo defraudado.

El entendimiento de la buena fe como bien jurídico protegido en la estafa provoca, a nuestro juicio, resultados insatisfactorios, por ejemplo el adelantamiento de las formas imperfectas de la ejecución, ya que habría que considerar el engaño como resultado típico y no como modalidad de la conducta.

2) Tampoco podría apreciarse el delito cuando la víctima aún no tenía un derecho patrimonial adquirido sino sólo una mera expectativa.

Esto resulta criticable porque, como señala Bajo Fernández, hay expectativas de derecho, como, por ejemplo, la clientela, cuya defraudación puede tener un gran significado económico en el mundo mercantil.⁸

3) En cambio, la pérdida de derechos sobre cosas o bienes constituye perjuicio patrimonial y por lo tanto puede dar lugar al delito de estafa, sin importar que se trate de objetos no valorables económicamente.

Así, entonces, la servilleta de papel donde el pretendiente expresa en forma de verso sus sentimientos hacia su amada contiene un valor afectivo reconocido por el derecho, que integrará, para los seguidores de esta teoría, el patrimonio. Aquí únicamente importa la lesión de derechos patrimoniales, de modo que, aunque la cosa careciera de valor económico, o si, en otro supuesto, la contraprestación tuviese un valor económico equivalente, el patrimonio de todas formas se consideraría lesionado.

El bien jurídico patrimonio, para esta posición, resulta lesionado no sólo cuando la cosa esté dotada de contenido económico, sino cuando la lesión

⁷ DONNA, Edgardo Alberto: Aspectos Generales del Tipo Penal de Estafa - Buenos Aires, Astrea, 1995 pg. 42

⁸ DONNA, Edgardo Alberto: Aspectos Generales del Tipo Penal de Estafa - Buenos Aires, Astrea, 1995 pg. 43

se produzca sobre cualquier derecho patrimonial. Con razón se ha dicho que el concepto jurídico resulta en exceso amplio y en exceso restringido, pues por un lado permite la estafa cuando no existe ningún perjuicio patrimonial concreto y, por el otro, la excluye al dejar de lado los valores no integrados en un derecho subjetivo como las expectativas.⁹

La consecuencia más importante es que el perjuicio patrimonial en el delito de estafa no reside únicamente en el valor monetario del objeto, sino también en el valor de uso que pueda tener para satisfacer los fines económicos de su propietario, de modo que existe delito cuando se frustra la finalidad perseguida por la víctima.

El maestro Mezger establece que “el bien jurídico protegido por la estafa es el patrimonio y el mantenimiento de la verdad y la buena fe en el tráfico patrimonial”¹⁰

Mi conclusión es que el delito de estafa tiene como fundamento perjudicar el patrimonio de otra persona, el mismo que para considerarse como tal, debe reunir todos los elementos descritos en el artículo 563 del Código Penal, sin los cuales no se podría hablar del delito de estafa propiamente dicho.

La estafa es el acto en el cual una persona utiliza medios fraudulentos con el ánimo de perjudicar el patrimonio de otra persona con dolo, con el propósito de aprovecharse del error en el que incurre la víctima, para hacerse entregar bienes muebles, valores u obligaciones, captando la confianza y la credulidad de la víctima.

1.4 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA ESTAFA

La definición del Código Penal establece los elementos exigidos por el tipo penal de estafa: Engaño, Error, Acto de disposición patrimonial, Perjuicio y Ánimo de Lucro. Como veremos luego, dichos elementos no pueden aparecer en forma aislada, sino que deben estar relacionados de manera especial.

Estos elementos son:

⁹ DONNA, Edgardo Alberto: Aspectos Generales del Tipo Penal de Estafa - Buenos Aires, Astrea, 1995 pg. 43

¹⁰ MEZGER, Edmundo.- “Tratado de Derecho Penal”.- Tomo I, Madrid España

1.4.1 EL ENGAÑO

El engaño es el objeto material del delito de estafa y es precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado por el sujeto activo del delito y proyectado sobre el pasivo, que consiste en usar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o cualidades supuestas, aparentar bienes, crédito, comisión, saldo en cuenta corriente, empresa, negociaciones imaginarias o cualquier otro engaño semejante. Exigiéndose un mínimo de engaño explícito y bastante para producir error.

Este engaño idóneo, eficaz y suficiente, esencia del delito de estafa, ha de producir un error en el sujeto pasivo, viciando su voluntad, cimentada sobre la base de dar por ciertos los hechos simulados por el sujeto activo del delito, planteándose problemas respecto supuestos de mendicidad engañosa, o como los derivados del descuento bancario de letras de cambio «vacías».

Todo ello provoca el asentimiento a un desplazamiento patrimonial, que el sujeto realiza, sufriendo así una disminución de sus bienes, perjuicio o lesión de sus intereses económicos, al que se llega mediante el engaño antecedente y el error, efecto de las maniobras falaces y arteras del sujeto activo del delito. El desplazamiento patrimonial exige la entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate.

Las maquinaciones de éste han de ir finalmente dirigidas al lucro, propio o de tercero, aunque se llegara a obtener tal lucro o no.

Entre el engaño y el perjuicio sufrido debe haber una relación de causalidad inmediata.

1.4.1.1 EL ENGAÑO COMO OBJETO MATERIAL DE LA ESTAFA

- a) Hacer entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos;
- b) Que el estafador a quien seguiremos llamando “el agente” tenga el propósito de apropiarse de una de las cosas ya mencionadas en este párrafo (fondos, muebles, etc.) que para el logro de tal entrega el

agente haya hecho uso de falsos nombres, de falsas calidades, o haya empleado manejos fraudulentos.

- c) Hacer creer en la existencia de falsas empresas,
- d) Un poder (que en el fondo no exista);
- e) Un crédito imaginario;
- f) Infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente o cualquier otro accidente quimérico; o,
- g) Abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad (de la persona).

Una vez estudiado el concepto y analizado los elementos constitutivos de la estafa exigidos por el artículo 563 del Código Penal vigente, y tomando en consideración tanto los elementos subjetivos (dolo y ánimo de apropiación) como los elementos objetivos (fraude y la entrega de la cosa), es necesario recalcar que para ocasionar daño al patrimonio debe existir obligatoria y necesariamente la entrega de la cosa, mediante maniobras fraudulentas, pero no se debe olvidar que la cosa entregada debe ser de propiedad del engañado. Por lo antes expuesto, es obligación dentro de esta investigación jurídica hacer referencia a todos y cada uno de los elementos constitutivos descritos en el tipo del artículo 563 y que a saber son:

El tipo delictivo afirma textualmente que “el que, con propósito de apropiarse...” ejecuta maniobras fraudulentas con finalidades delictivas haciéndose entregar una cosa ajena, consuma el delito de estafa. Este es el elemento subjetivo que orienta a la conducta del agente, esto es, el ánimo especial de apropiarse de la cosa.

El “propósito de apropiarse” que utiliza el artículo 563 del Código Penal tiene el mismo sentido que lo usan los artículos 547 y 550, mismos que se refieren al hurto y al robo. Lo que interesa establecer y resaltar en la estafa es que “el propósito de apropiarse” significa no solo la acción ejecutiva del agente pretende lesionar la propiedad ajena, sino que, es el ánimo especial de que esa acción ejecutiva no tiene por finalidad apropiarse de la cosa, es decir ingresarla al patrimonio del estafador.

El delito de estafa no se consuma aunque se reúnan los demás requisitos del tipo; así, 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 tiene por finalidad desapoderar al paciente de la cosa, ni

correlativamente el ánimo del autor de ingresarla a su patrimonio, sino de usar la cosa para luego restituirla después de haberla usado.

El elemento subjetivo del delito de estafa constituye un dolo especial exigido por la ley penal para configurar el tipo. Es así como el profesor Pérez Borja considera que: “El elemento moral del delito está en las palabras: con el propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro; este es el dolo especial que se requiere tanto para el robo, el abuso de confianza y la estafa”.¹¹

La doctrina penal ecuatoriana comparte el criterio del profesor Pérez Borja, pero denomina con mayor exactitud al “delito especial” como “delito específico”, el cual constituye parte fundamental de todos los elementos subjetivos, por cuanto es independiente del dolo y está constituido por el móvil del agente que estructura su voluntad consiente de engañar.

El Ardid no es otra cosa que el medio que ha escogido el agente, para que por el error provocado por el paciente este entregue la cosa que el estafador desea con el propósito de apropiarse de ella.

1.4.1.2 TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo de estafa exige la presencia de tres elementos fundamentales: el fraude (ardid o engaño), error y disposición patrimonial perjudicial. Tales elementos deben darse en el orden descrito y estar vinculados por una relación de causalidad, de modo tal que sea el fraude desplegado por el sujeto activo el que haya generado error en la víctima y ésta, con base en dicho error, realice una disposición patrimonial perjudicial.

El ardid o el engaño son las dos únicas modalidades previstas en la ley para caracterizar la estafa, de ahí que es fundamental precisar bien estos conceptos a los efectos de garantizar plenamente el principio de legalidad. Por otra parte, dichos elementos constituyen el punto central de la teoría de la estafa, pues si no hay ardid o engaño, aunque exista error y disposición patrimonial perjudicial, debe descartarse categóricamente el delito.¹²

¹¹ZAVALA BAQUERIZO, Jorge Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

¹² DONNA, Edgardo Alberto: Aspectos Generales del Tipo Penal de Estafa - Buenos Aires, Astrea, 1995 pg. 49

Se puede decir que el engaño es la falsedad o falta de verdad en lo que se dice o hace, o, de acuerdo con la definición tradicional de Antón Oneca, es la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas.

Por su parte, Francesco Carrara hace una distinción entre los fines y los medios perseguidos por el agente y expresa: “el enriquecimiento del delincuente es el fin último de su acto, el objeto ideológico, es decir, el fin último de provecho propio a que tiende el agente, es en tanto, que de inmediato se induzca al otro a que se despoje de algo propio”.¹³

Por regla general se debe entender que si el agente quiere apropiarse de una cosa, se presume que dicha cosa no es de su propiedad, es decir “perteneiente a otro”, tal como dice el artículo 563 de nuestro Código Penal.

Taxativamente el artículo 563 del Código Penal exige que la cosa no sea de propiedad del agente, es indiferente. Para la consumación del delito, únicamente se requiere que la propiedad sea de otra persona, y que se realice la entrega o tradición de la misma.¹⁴

Si el arrendatario de una cosa es engañado por el agente para que le entregue la cosa arrendada, y en efecto la entrega, no se duda que exista la estafa, aunque el engañado no haya sido el propietario de la cosa, pues lo importante es que el agente no era dueño del bien, por lo que se apropió de patrimonio ajeno.

Si a través de engaños se suscribe una obligación y se reúnen los demás elementos del tipo, se habrá consumado el delito de estafa y si es que se ha realizado el engaño sin que se reúnan los elementos del tipo en el ámbito civil se sigue la resolución de la obligación o el contrato.

¹³ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

¹⁴ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

1.4.1.3 LOS MEDIOS EMPLEADOS

Los medios empleados conforme al artículo 563 del Código Penal que pueden caracterizar al delito de estafa son los siguientes:

- El nombre falso.
- La falsa calidad.
- Los manejos fraudulentos.
- La existencia de falsas empresas
- Existencia de un poder falso o crédito imaginario

1.4.1.4 EL NOMBRE FALSO

El uso de un falso nombre consiste en presentarse con un nombre que no es el de uno mismo. Lo que se castiga en el artículo 563 no es el uso de un nombre falso, sino que por su uso el agente se apropie de los bienes ajenos a través de su entrega.

La jurisprudencia también ha sido constante en establecer que el uso del nombre falso debe ser la causa determinante de la entrega, es decir, debe existir una relación de causa y efecto entre el uso del nombre falso y la entrega de la cosa.

No es necesario que el uso de un falso nombre se encuentre acompañado de otras maniobras fraudulentas, sino que debe reunir los demás requisitos del tipo penal.

El uso de un falso nombre no deja de ser sancionado por el hecho de que dicho nombre sea usado con el consentimiento de la persona a la que le pertenece ese nombre.

1.4.1.5 LA FALSA CALIDAD

Podemos decir que la calidad son los títulos que recibe una persona, ya sea en virtud de su nacimiento, profesión, función o cargo; entonces, la persona que se atribuye un falso estado civil, un falso título o una falsa profesión toma una falsa calidad.

Demás está decir que es el estafador quien debe atribuirse a sí mismo la calidad supuesta y no que le sea atribuida por un tercero.

La jurisprudencia ha dejado claro, que el hecho de que se use aún por escrito una calidad supuesta, no puede ser considerada por si sola como una maniobra fraudulenta.

Son considerados como quienes hacen uso de una falsa calidad:

- El que toma el falso título de mandatario de un tercero para hacerse entregar una suma de dinero a este título o para hacerse prestar dinero en su nombre.
- El abuso de una calidad verdadera constituye un medio fraudulento, principalmente, cuando ha tenido apariencia de sinceridad en las alegaciones mentirosas, que han motivado la confianza del prestamista.

1.4.1.6 PERSUADIR LA EXISTENCIA DE FALSAS EMPRESAS

La empresa es definida como un proyecto formado que se pone en ejecución. Conforme a Goyet¹⁵, están dentro de los medios fraudulentos, los destinados a persuadir la existencia de empresas falsas las siguientes:

- El hecho de publicar prospectos para obtener suscripciones anunciando la formación de una compañía de seguros que ya el gobierno se ha negado de autorizar;
- El artificio de la creación de una casa de comercio con la finalidad de obtener la entrega de mercancías;
- La creación por un supuesto prestamista que no dispone realmente de ningún capital, de empresas de fachada donde los inversionistas son atraídos por una publicidad engañosa e inducidos a entregar fondos.

¹⁵ MEZGER Edmundo, Tratado Derecho Penal, Tomo II, Madrid España

1.4.1.7 MANEJOS PARA HACER NACER LA ESPERANZA O EL TEMOR DE UN ACCIDENTE O DE CUALQUIER OTRO ACONTECIMIENTO QUIMÉRICO

Conforme al artículo 563, éstas son las últimas finalidades que deben perseguir los medios fraudulentos.

La fórmula empleada por la ley es alternativa, esto quiere decir, que puede ser tanto la esperanza o el temor del accidente como de cualquier otro acontecimiento quimérico lo que se quiera ocasionar.

La finalidad de los términos empleados por el legislador es hacerlos lo más extensos posibles a fin de abarcar todos los fraudes. Los medios que tienen por efecto inducir al engaño y error, haciendo creer la ilusión de un hecho futuro, mediante una suma de dinero o la entrega de objetos que el inculpado pretende poder realizar o evitar.

Nuestra doctrina y jurisprudencia sostienen que "la simple mentira no constituye ardid o engaño; y por tanto no basta para configurar estafa. La simple mentira solo podrá configurar estafa si va acompañada de hechos exteriores del estafador tendientes a corroborar su palabras, o si el actor esta jurídicamente obligado a decir la verdad. Esto no significa exigir la "mise en scene" sostenida por la doctrina francesa y por Carrara.

La doctrina francesa, como requisito de la estafa exige la "mise en scene" (puesta en escena; que el estafador prepare el terreno para la estafa), lo cual significa que el estafador acompañe sus palabras con un aparatoso o gran despliegue de actos tendientes a engañar a la víctima. La mayoría de las legislaciones dejan de lado este requisito.

La legislación y la doctrina argentina no exigen la "mise en scene"; sin embargo se exige cierta entidad objetiva en el ardid o engaño, es decir, algunos actos externos que demuestren que existe relación causal entre el ardid o engaño y el error de la víctima. Por esta razón, se sostiene que la "simple mentira" no basta para configurar estafa, sino que se requieren además algunos hechos exteriores.

1.4.2 EL ERROR

El Código Civil habla de error y dolo, refiriéndose en el primer caso al efecto del engaño, y en el segundo caso es al engaño propiamente dicho. El maestro De Pisa nos explica con suma claridad la importancia que tiene el elemento objetivo del fraude en la consumación de la estafa.

El agente no solo debe haber hecho uso del error, sino que, lo que importa para los efectos de la consumación, es que dicho fraude hubiere sido inducido a error del paciente, en forma tal que logre que el mismo se desapodere de la cosa que es de su propiedad.

Los franceses han sido muy decisivos seguidores de la teoría de la “mise en escena” la cual fue acogida por Carrara y explicó de la siguiente manera: “la distinción entre el artificio material y el artificio verbal es el declarar culpables a algunos de los acusados y no culpables a otros, por lo que de modo señaladísimo, el principio de que el fraude no debe consistir en simples palabras mentirosas (paroles mesogeres), sino que para hablar de delito se requiere algo material, un aparato escénico (mis en scene) o la intervención de una persona que dé crédito a las palabras”.¹⁶

1.4.2.1 CONCEPTO DE ERROR

Es la representación equivocada de la realidad, provocada por el engaño, que hace que la voluntad del sujeto pasivo se halle viciada y en consecuencia también lo sea el acto de disposición que ocasione.¹⁷

La conducta engañosa debe ser bastante para producir un error en otra persona, y debe ser anterior, debe haber relación de causalidad y atender a la personalidad del sujeto, su edad, inteligencia, relaciones con el sujeto activo, etc.

Cuando el sujeto activo lleva a cabo la disposición patrimonial a sabiendas del engaño o por pasatiempo, no existe estafa, por ejemplo en el caso de *echadoras de cartas o adivinos*.¹⁸

¹⁶ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

¹⁷ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

¹⁸ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

El engaño debe ser bastante para poder objetivamente causar un error en otra persona, condición sine qua non, pero además debe valorarse subjetivamente la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo.

Engaño a incapaces, si el *incapaz total* no puede producir un acto de la voluntad, por tanto no cabe hablar de entrega, se trataría de una sustracción, ya que el acto de disposición sería nulo. En el *incapaz parcial*, en el que hay insuficiencia psíquica, si puede haber engaño, puesto que existe una voluntad limitada, por tanto puede admitirse tal y como hace el TS la estafa.

Negligencia del engañado, la condición de bastante del engaño debe valorarse en intuitu personae y en función del caso concreto, doble criterio objetivo u subjetivo, pero se ha abandonado la postura restrictiva que acudía al engaño capaz de inducir a error a un hombre medio, concebida en base a que el derecho no debía tutelar una conducta negligente. No se acepta que la negligencia de la víctima excluya la estafa, no se puede compensar el dolo del ofensor con la culpa de la víctima.

Engaños aceptados socialmente, por ejemplo en el ámbito comercial, *exageraciones y regateo en la compra venta*, y publicitario, *exceso publicitario sin llegar a la publicidad engañosa* que se tipifica aparte. El TS estima como engaño suficiente ofertar en publicidad viviendas, con piscina y cocinas amuebladas sin finalmente serlo.

La *estafa del mendigo* debe considerarse impune, en base al principio de intervención mínima en base a la escasa trascendencia de los perjuicios de tales conductas, como por el carácter asumido de tales engaños, que llevan a una parte de la población a inhibirse.

Error preexistente de la víctima, el engaño debe ser antecedente, temporalmente previo a la provocación del error, requisito causal para el error, en principio el error preexistente excluye el fraude, pero también es cierto que el comprador que expresa su equivocada creencia de que el objeto que se le vende es de plata, tiene derecho a confiar que el vendedor se lo aclare, sería el *aprovechamiento del error como modalidad de estafa*, pero actualmente no se admite en la estafa un dolo sobrevenido o subsiguiente (dolo subsequens), posterior al acto de disposición patrimonial, en base al principio de legalidad.

En ciertos casos el dolo sobrevenido puede dar lugar a una apropiación indebida.

El problema consiste en determinar si el silencio o reticencia del actor bastan para configurar la estafa. Nuestra doctrina se inclina por sostener que el silencio no es apto para configurar la estafa, salvo que el actor tenga el deber jurídico de hablar.

Al respecto expresa NUÑEZ: "solo si el silencio, que ha causado el error, implica a violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla, puede imputarse a título de engaño defraudatorio".

En este caso de silencio engañoso habría comisión de una estafa por omisión. FONTAN BALESTRA dice: "cuando la ley quiere dar carácter de ardid al silencio, lo dice expresamente, crea el riesgo de transformar en delictuosa la mera falta de lealtad en las convenciones civiles".

Sin error no existe estafa. El ardid o engaño debe provocar el error de la víctima (error: es el falso conocimiento; a víctima cree saber, pero sabe equivocadamente).

Así como los medios fraudulentos deben provocar el error, este a su vez, debe provocar en la víctima la determinación de entregar la cosa al estafador. Nótese, que en la estafa la voluntad de la víctima esta viciada, desde el comienzo, por el error provocado mediante la actividad fraudulenta.

Si el delincuente se aprovecha del error ya existente en la mente de la víctima, no basta para configurar la estafa. Con claridad expresa LEVENE: "Si el engaño ya está en la mente del defraudado, con anterioridad al hecho que se imputa al procesado, y este no lo saca de su error, no hay delito. La mayoría, si no a totalidad de los autores, sostiene este principio".

En estos casos, en que el actor se aprovecha del error ya existente, podría configurarse el delito del Art. 563 del Código Penal, pero es necesario que se reúnan todos los requisitos de esta figura.

Lo indispensable es distinguir entre la mentira y el artificio, explicando que la primera de por sí no constituye delito; por cuanto ninguno debe creer fácilmente en palabras ajenas; en tanto que el artificio exige algo más que palabras; son las afirmaciones falsas comprobadas con el ánimo subjetivo de apropiarse de la cosa ajena.

- Los medios empleados
- Entrega de cosas pertenecientes a otro.
- La existencia de un perjuicio.
- La intención fraudulenta.

Y conforme con la Jurisprudencia, los elementos constitutivos del delito de estafa son dos:

- El empleo de los medios fraudulentos indicados por la ley.
- La entrega de títulos o valores obtenidos con ayuda de esos medios.

1.4.3 ACTO DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL

El acto de disposición patrimonial es todo suceso de afectación del patrimonio, ya sea éste un hecho que haga o no a la conservación de aquél.

Si utilizáramos el concepto estrictamente civil del acto de disposición se reduciría en exceso el ámbito de la estafa, ya que para los iusprivatistas acto de disposición es el que transmite, grava, modifica o extingue un derecho patrimonial preexistente, con lo que incluso caerían fuera del concepto los actos creadores de relaciones jurídicas ex novo, como la asunción de una deuda o la concesión de un crédito.

Se trataría más bien de actos de atribución patrimonial, que abarcarían tanto la transmisión, modificación o extinción de un derecho preexistente como la creación de una relación jurídica nueva que represente una ventaja para el ámbito patrimonial al que el sujeto activo pretende lucrar. No hace falta, por ello, que la transferencia del bien adopte la forma de un negocio jurídico patrimonial.

1.4.4 CONCEPTO DE DISPOSICIÓN PATRIMONIAL

Es la entrega de una cosa o prestación de un servicio, hacer (realizar un pago) u omitir (renunciar a un crédito).

Transferencia de la cosa o desplazamiento económico de la esfera del sujeto pasivo a la del autor, sin necesidad de que la transferencia adopte la forma de negocio jurídico patrimonial, ni de que exista capacidad de disponer, admitiéndose los actos de los meros servidores de la posesión o de menores o

incapaces, que dispongan de un mínimo de comprensión (hurta el que toma, estafa el que recibe).

Tampoco es preciso que el sujeto pasivo sea consciente de estar realizando un acto de disposición, es suficiente con que exista un acto voluntario, por ejemplo en la firma en blanco o engaño para obtenerla. También puede haber una destrucción u ocultación de un documento en perjuicio del sujeto pasivo, es decir una negación de una disposición previa, pudiendo ser uno el engañado disponente y otro el perjudicado. También se puede considerar incluido en el concepto de acto de disposición, las prestaciones de hacer, incluso servicios de índole personal, si se obtiene la prestación mediante engaño.

1.4.5 ENTREGA DE COSAS DETERMINADAS

La entrega de cosas determinadas es el segundo elemento del delito de estafa. Las entregas o cosas que especifica el artículo 563 son las siguientes: fondos, muebles, obligaciones, finiquitos y recibos.

Estas diferentes expresiones que son limitativas, indican los valores de dos especies: los efectos mobiliarios y las obligaciones escritas. La enunciación de fondos y de muebles excluye necesariamente a los inmuebles. Sin embargo, es susceptible de recaer indirectamente sobre los inmuebles, cuando el prevenido se ha hecho entregar los títulos que representan la propiedad de los mismos.

Y claro está, que debe existir una relación de causa a efecto entre los medios fraudulentos y la entrega de la cosa, la cual lógicamente debe ser posterior al acto.

Finalmente, las expresiones: fondos, muebles, obligaciones, finiquitos y recibos tienen un alcance general, es decir, que se aplican a todos los vínculos de derecho obtenidos fraudulentamente y que causan un perjuicio al patrimonio de otros.

1.4.6 EL PERJUICIO

La consumación del delito de estafa exige que se haya estafado el patrimonio ajeno, y es por eso que la estafa es un delito formal. Los delitos formales son aquellos en los cuales el hecho consumado y el intentado tipifican a la infracción. Por lo tanto, la existencia de un perjuicio es uno de los elementos de la estafa. El perjuicio consiste en una lesión patrimonial de la víctima.

No hay estafa cuando el agente se hace entregar su propia cosa indebidamente en poder de un tercero. El propietario no comete el delito aunque haya usado medios fraudulentos para conseguir su cosa. La doctrina fundamenta esto en la no existencia de un perjuicio.

Pero, en el caso de que un acreedor emplee medios fraudulentos para que el deudor le entregue la suma debida, la doctrina considera que aquí sí hay estafa.

En el delito de estafa, la intención fraudulenta es necesaria. El elemento intencional es un elemento complejo, ya que el mismo requiere que el inculpado actúe con conocimiento de lo que hace y que sepa que dicha actuación está prohibida por la ley; el inculpado debe también tener la voluntad de hacerse procurar para sí mismo o para otro un beneficio ilegítimo.

No es necesario, que el autor del delito haya tenido por finalidad conseguir un beneficio personal como tampoco importa el móvil al que haya obedecido.

Se debe diferenciar lo que es la intención y lo que es el ánimo para que éstos no se confundan entre sí. La intención es cuando el agente actúa con pleno conocimiento de que está engañando a su víctima, mientras que el ánimo es sencillamente el motivo, ya sea bueno o malo, que lleva al agente a cometer el engaño.

Por consiguiente, es indiferente que el agente estafe con la finalidad de hacer una buena labor a alguna institución benéfica o para beneficiarse a sí mismo, ya que el fin no tiene influencia sobre la caracterización del elemento moral de la infracción, el cual no es más que actuar conscientemente en perjuicio de otro.

Finalmente, cuando una persona comete estafa usando un nombre falso o calidad falsa y cree que realmente tiene el derecho de usarlo, la infracción no queda caracterizada por falta de intención delictuosa. Se considera la buena fe.

1.4.7 EL ÁNIMO DE LUCRO

1.4.7.1 TIPO SUBJETIVO

Ánimo de lucro, comisión dolosa y no imprudente, referido a los elementos objetivos (engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio). El tipo subjetivo o dolo de la estafa aparece integrado por un conocimiento de que se está engañando y perjudicando a otro y una voluntad, un querer obtener una ventaja o provecho, un ánimo de lucro, exigido expresamente.

Aunque lucro y perjuicio son términos correlativos, no es necesario que el lucro coincida con el perjuicio, el perjuicio puede ser económico y el lucro tener un sentido más moral. El lucro a de derivarse directamente del acto de disposición, pero no tiene por qué alcanzarse.

El perjuicio no tiene por qué ser directamente querido por el sujeto activo de la estafa, los autores de la estafa lo único que pretenden es enriquecerse. La mayoría de los que emprenden un negocio arriesgado pretenden que el negocio salga bien, pero se produce estafa cuando ante la perspectiva de fracaso, quieren desde el primer momento desplazar el perjuicio patrimonial a terceros beneficios para nosotros y perjuicios para los demás.

Otra cuestión objeto de debate es la *recuperación de lo defraudado a través de una conducta ilícita*, uso del engaño para recuperar lo defraudado o la sustracción al ladrón, cuestión relacionada con la autoayuda o las vías de hecho, en principio no son medios lícitos, ya que en nuestro CP las vías de hecho quedan acotadas al uso de la fuerza y la intimidación, que no se da en la defraudación, sin embargo el propietario que mediante engaño recupera la cosa de la que fue ilegítimamente desposeído, no comete estafa.

Para determinar con exactitud los elementos de la estafa, en esta investigación jurídica, me permito transcribir la siguiente jurisprudencia:

En el juicio penal que, por giro de cheques en cuenta cerrada, sigue María Eugenia Sánchez Cobo, en contra de Mario Fernando Lamiño, se resuelve:

SINTESIS:

Al no constar en la sentencia los bienes, fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, que el procesado se ha hecho entregar a cambio del giramiento del cheque, falta la prueba sobre uno de los elementos del delito de defraudación, en su modalidad de abuso de confianza.

El Tribunal Penal incurre en un dislate jurídico al afirmar que, los abonos parciales al cheque enveró la acción penal, quedando únicamente como obligación civil, regla esta, aplicable a los casos de cheques sin provisión de fondos.

El hecho de no constar en el reverso del cheque la firma del denunciante, en endoso a favor de la acusadora, no es base para que el Tribunal declare maliciosa y temeraria la denuncia y acusación particular, existiendo por lo tanto, una falsa aplicación de la ley en la sentencia, en consecuencia, la Sala casa la misma y declara que la denuncia y acusación particular no son maliciosas ni temerarias.

TEXTO DEL FALLO Y VOTO SALVADO**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.-**

Quito, a 23 de noviembre de 1993, las 10h00.- VISTOS: De la sentencia expedida por el Primer Tribunal Penal de Pichincha que absuelve a Mario Fernando Lamiño Jiménez, sindicado por el delito de estafa por haber girado cheque en cuenta cerrada, y que declara maliciosas y temerarias a la denuncia del Doctor Olmedo Albarracín Mena y a la acusación particular de María Eugenia Sánchez Cobo, esta interpone recurso de casación, y para resolver se considera: PRIMERO.- La Sala de lo Penal es competente para conocer del recurso, en virtud de las reformas a la Constitución Política de la República promulgadas el 23 de diciembre de 1992; SEGUNDO.- La acusadora particular María Eugenia Sánchez Cobo, en su escrito de fundamentación

manifiesta, en definitiva, que en el Primer Tribunal Penal de Pichincha en su sentencia ha violado el Art. 563 del Código Penal, pues, dice: "Soy legítima beneficiaria del cheque base de este enjuiciamiento, lo que se encuentra probado plenamente en el proceso, y por lo mismo las consideraciones que ha hecho el Tribunal Primero de lo Penal de Pichincha, son falsas. Por las razones expuestas y por cuanto se ha comprobado el cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado se casará la sentencia condenando a Mario Fernando Lamiño Jiménez al máximo de las penas de prisión y multa y aceptando mi acusación particular"; TERCERO.- El señor Ministro Fiscal General Subrogante, dando contestación al escrito de fundamentación, entre otras cosas expresa: "Cuarto.- De las constancias procesales se desprende el hecho de que Mario Fernando Lamiño Jiménez giró el cheque N° 05534565 a cargo del Banco del Pichincha, Agencia El Girón, de esta ciudad de Quito, por la suma de \$ 6'598.000,00, el 26 de julio de 1990 y la respectiva nota de protesto del cheque el 30 de julio de 1990 por cuenta cerrada emitida por el Banco. Con esta afirmación hecha por el Tribunal Penal en su fallo se ha comprobado que siendo el cheque una orden incondicional de pago fue girado en cuenta cerrada, o sea que dicho instrumento fue el medio fraudulento para la comisión del delito de estafa tipificado y sancionado en el Art. 563 del Código Penal; CUARTO.- 1.- En la sentencia del Tribunal Penal no consta qué bienes, fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, se hizo entregar Mario Fernando Lamiño Jiménez a cambio del giramiento del cheque, lo que significa que falta la prueba sobre uno de los elementos constitutivos del delito de defraudación en su modalidad de abuso de confianza, y en este punto ha hecho bien en absolver al sindicado; pero, el hecho de que no conste en el reverso del cheque la firma del denunciante Doctor Olmedo Albarracín Mena en endoso a favor de la acusadora particular María Eugenia Sánchez, no daba base al Tribunal

para que declare falsa la afirmación de ésta de ser la tenedora del cheque y maliciosas y temerarias la denuncia y la acusación particular, máxime que el Art. 16 de la Ley de Cheques establece que: "Si el endoso es en blanco, el portador o tenedor puede..... 3 entregar el cheque a un tercero sin llenar en blanco y sin endosarlo", y se puede deducir que la relación entre el actor Albarracín y la Sánchez es de abogado a cliente; es decir se ha hecho una falsa aplicación del Art. 330 del Código de Procedimiento Penal. 2.- El Primer Tribunal penal de Pichincha en el literal c) de la sentencia incurre en un grave dislate jurídico que no cabe dejar pasar, cuando dice: "al haber hecho Lamiño abonos parciales del cheque cuestionado, se enervó la acción penal, quedando únicamente como obligación civil", regla aplicable en los casos de cheque sin fondo, esto es confundiendo con éste el delito de estafa o defraudación materia del presente juicio. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad con lo estatuido por el Art. 383 del Código de Procedimiento Penal, la Sala casa la sentencia del Primer Tribunal Penal de Pichincha rectificando el error declara que ni la denuncia del Doctor Albarracín Mena ni la acusación particular de María Eugenia Sánchez Cobo no son ni maliciosas ni temerarias. Notifíquese.-

Jorge Américo Gallegos Terán.- Raúl Coronel Arellano.- Carlos Romo Morán (V. S.).- Manuel Viteri Olvera.- Adriano Rosales Larrea (Conjuez).-

VOTO SALVADO DEL DOCTOR CARLOS ROMO MORAN
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.-
Quito, a 23 de noviembre de 1993; las 10h00.- VISTOS: De acuerdo con la introducción y considerandos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, y a continuación CUARTO: 1.- En la sentencia el Tribunal Penal no hace constar qué fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, se hizo entregar Mario Fernando Lamiño Jiménez a cambio del giro del cheque,

lo que significa que falta la prueba del beneficio en su patrimonio, que es uno de los elementos constitutivos de la estafa, y por ello ha hecho bien en absolver al procesado; pero, el hecho de que no conste en el reverso del cheque la firma del denunciante Dr. Olmedo Albarracín Mena en endoso a favor de la acusadora particular María Eugenia Sánchez, no daba base al Tribunal Penal para que declare falsa la afirmación de ésta de ser la tenedora del cheque y maliciosas y temerarias la denuncia y acusación particular, máximo que el Art. 16 de la Ley de Cheques establece que: "Si el endoso es en blanco, el portador o tenedor puede.....3. Entregar el cheque a un tercero sin llenar en blanco y sin endosarlo"; es decir, se ha hecho una falsa aplicación del Art. 330 del Código de Procedimiento Penal;

2.- El Tribunal Penal referido, en el literal c) del considerando Segundo de la sentencia incurre en un grave error jurídico, cuando dice: "al haber hecho Lamiño abonos parciales del cheque cuestionado, se enervó la acción penal, quedando únicamente como obligación civil", regla aplicable en los casos del delito de pago con cheque sin provisión de fondos, esto es confundiendo con este el delito de estafa materia del proceso, cuya sentencia se analiza de acuerdo con el considerando QUINTO;..... Por lo expuesto, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, de conformidad con el Art. 373 del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia y rectificando el error, declara que la denuncia del Dr. Albarracín Mena y la acusación particular de María Eugenia Sánchez Cobo no son maliciosas ni temerarias. Notifíquese.-

Carlos Romo Morán.- Jorge Américo Gallegos Terán.- Raúl Coronel Arellano.- Manuel Viteri Olvera.- Adriano Rosales Larrea (Conjuez).-

1.5 REFERENCIA PERSONAL

Uno de los elementos constitutivos de la estafa es el fraude o el empleo de medio fraudulentos, entendiéndose por ellos como la mentira y el engaño que el agente provoca libre y voluntariamente, o aprovechándose del error involuntario de la víctima, por los cuales el agente tiene como finalidad el apropiarse del patrimonio de otra persona, determinándose así el perjuicio en el que recae la víctima.

En el delito de estafa, se determina como elemento subjetivo la apropiación de la cosa ajena, lo que se considera como el acto que ejerce el agente para hacer suya una cosa que no es de su propiedad para usarla, usufructuarla o abusarla e incorporarla a su patrimonio en desmedro del patrimonio del otro, situación que si no se prueba no puede hablarse de la existencia del delito.

El artículo 563 del Código Penal establece claramente los elementos constitutivos del tipo penal de la estafa, en el que se hace referencia al abuso de confianza, situación confusa por cuanto este elemento se ha establecido como un tipo penal individual, con ciertos elementos similares al de la estafa, pero con tipificación y antijuridicidad completamente diferente.

El abuso de credulidad también puede ser un medio por el cual el agente logra engañar a la víctima, haciendo uso de la mentira, que por sí sola no constituye delito alguno, pero que si ésta va acompañada de nombres, calidades o empresas falsas, se puede inducir a la persona a caer fácilmente en el propósito del agente, que es la apropiación de bienes ajenos, constituyéndose así el delito de estafa.

Es importante que al analizar el delito de estafa se tomen en cuenta los elementos y características que se han descrito, tomando en cuenta que por la falta de conocimiento no se lo ha tratado de la forma correcta, ya que es imprescindible que para el juzgamiento de este delito no solo deben confluir uno o dos elementos porque de lo contrario no se tipificaría la estafa, sino que por ser complejo, la existencia del delito debe probarse con todos y cada uno de los indicios constitutivos de la infracción, descritos en la ley sustantiva penal.

Históricamente, la estafa ha sido calificada como un delito especial con límites en los modos de cometerlo, pero ilimitada en los actos fraudulentos; tal

es así que en la antigüedad la estafa era considerada como parte del delito de hurto o de falsedad.

Gracias a la Revolución Francesa, el derecho penal tuvo un significativo avance, eliminando la mayoría de leyes en blanco creadas con Juan sin Tierra en Inglaterra y determinando claros elementos que permiten la ubicación exacta, tanto del acto cuanto del indicio, con la finalidad de que el juzgador tenga la certeza positiva de determinar si el acto constituye o no delito.

La ley penal ecuatoriana tiene cierta contradicción, no por el hecho de la creación de ésta, sino por la mala interpretación, lo que lleva a sanciones y penas injustas y descabelladas que lo único que hacen es privar del derecho constitucional de ser juzgado con una justicia imparcial, equitativa y que tutela el debido proceso.

El delito tipificado en el artículo 563 del Código Penal, debería pertenecer al estudio de los delitos de falsedad y no de estafas y otras defraudaciones, porque el fundamento en que se sustenta la comisión del delito es en la utilización de circunstancias falsas, de situaciones engañosas, con el fin de llegar a un error y este ser aprovechado por parte del agente.

En cambio la defraudación no necesariamente requiere de actos falsos; únicamente requiere de una disposición arbitraria de bienes, utilizando el fraude, más no la falsedad o la falsificación.

CAPITULO II

2.1 LA APROPIACION INDEBIDA

2.1.1 CONCEPTO

La apropiación indebida es un delito contra el patrimonio (en ciertos países, delito contra la propiedad) consistente en el apoderamiento de bienes ajenos, con intención de lucrarse cuando esos bienes se encontraban legalmente en su posesión a través de otros títulos posesorios distintos de la propiedad, como pueden ser el depósito, la comisión o la administración.

Resulta manifiesto que la mecánica comitiva de la infracción supone la existencia de dos fases completamente distintas, porque si por la primera el presunto inculcado actúa de forma correcta (en la legalidad) recibiendo bienes o efectos en depósito, comisión, administración o en virtud de cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos a otra persona o devolverlos al que los dio; y, por la segunda, ya con la concurrencia del dolo específico, se desarrolla la actividad delictiva propiamente dicha con evidente finalidad de apropiación.

En el contorno del abuso de confianza y con quebranto de la lealtad, tal concreta actividad se proyecta con diversa significación, como disposición sinónima de apropiación sin pensamiento de devolución; como disposición sinónima de distracción en aplicación diferente a la prevista incluso con intención posible de reposición posterior, y, finalmente, como disposición sinónima de apropiación "sui generis" cuando se niega la recepción de la cosa mueble.

En la apropiación se conjuga, por tanto, el engaño, con el perjuicio, y el abuso de confianza, junto al dolo o ánimo de lucro, entendido éste en el más amplio significado, y esto es importantísimo ahora decirlo, como cualquier beneficio, ventaja o utilidad, incluso meramente contemplativa, altruista, política o social.

La causa de la acción es distinta, pero conexa, a los móviles o impulsos que siendo ajenos a aquélla, puede no obstante originar efectos agravatorios, atenuatorios e incluso eximentes.

Aplicando tal doctrina a los supuestos ahora enunciados, ha de señalarse que, tratándose de dinero, hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo a quien legalmente corresponda, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno que supone un incumplimiento total de la obligación de dar a aquél el destino pactado como acontece en el caso de gastar o emplear en distinta forma el dinero recibido.

Existe el delito cuando el acusado o cada uno de los acusados por este delito, con un cargo efectivamente importante en la sociedad de que se trata, dispone de parte del capital social para entregárselo a una entidad mercantil en pago de facturas por supuestos servicios prestados, en cualquier caso al margen de lo que es objeto de tal sociedad y, especialmente, sin conocimiento de los otros órganos rectores de la misma.

Si el dinero del que se dispone no es de su exclusiva propiedad, la apropiación indebida se consuma porque las cantidades recibidas en la explotación del negocio o empresa común, presentan un carácter conjunto o social, con lo cual se pretende la atribución para el particular provecho, haciendo suya la parte que le sea ajena, y que determina la infracción.

Evidentemente puede desaparecer la infracción si la persona que dispuso del capital lo hizo con autorización de todos los accionistas o propietarios, y con la autorización legal de los repetidos órganos rectores, lo cual en el supuesto de sociedades familiares facilita más la exoneración de responsabilidad en el caso real de un manifiesto consentimiento autorizante, no si alguno de los miembros de la entidad, aun siendo familiares, discrepan o desconocen la actuación del presunto acusado.

Para mejor comprensión de nuestra legislación penal, es necesario remitirnos a la época en la cual el delito adquiere su propia estructura. Para el maestro Francisco Perez Borja, el abuso de confianza en el Ecuador históricamente establece que es el acto por el cual se distrae o se disipa fraudulentamente objetos de otro, que se los ha entregado con la condición de restituirlos o hacer uso o empleo determinado. En las legislaciones antiguas no se hacía distinción entre robo y abuso de confianza, sin embargo entre estas dos infracciones existen características que las diferencian sustancialmente, y por esto en las

legislaciones penales modernas se las prevé y castiga separadamente.¹⁹ Según Garçon, claramente establece: “Quien fuera culpable de haber distraído en su provecho, o disipado... lesionado, o destruido de cualquier manera efectos, mercancías, dineros, títulos de propiedad u otras que contengan obligación o descargo, y cualquier otra propiedad mueble que le hayan sido confiadas gratuitamente, con cargo de restituir o entregar,...”²⁰

Este primer concepto de lo que luego se denomina en doctrina apropiación indebida, sufrió varias reformas casuísticas y fue aceptado por primera vez en el Código Penal francés en 1810 como un abuso de confianza (L’abus de confiance).

Actualmente el artículo 408 del Código Penal francés tipifica el abuso de confianza y textualmente dice: “La ley declara culpable de abuso de confianza al que hubiere distraído o disipado, en perjuicio de su propietario, poseedor o tenedor, efectos, dineros, mercancías, billetes, finiquitos o cualquier otro escrito conteniendo obligación o descargo que le hubiere sido entregado a título de alquiler, depósito, mandato, fianza, comodato, o por su trabajo asalariado o no, con la obligación de restituir, o volver a presentar, o de hacer un uso o empleo determinado”.

La redacción de la norma antes indicada no es muy técnica para la aplicación del derecho penal, por cuanto existe una carga descriptiva casuística demasiado amplia y que al mismo tiempo limita las posibilidades delictivas a la existencia de contratos a los que se refiere el propio tipo en su descripción.

Nuestro Código Penal no le asigna un nombre especial al delito contemplado en el artículo 560, el cual dice: “El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América”.

Como se puede apreciar, la redacción de nuestro Código Penal es muy parecida a la del Código Penal francés, con la diferencia de que nuestra ley

¹⁹ PEREZ Borja Francisco, Apuntes para el Estudio del Código Penal, Tomo II, Quito-Ecuador, año 2009.

²⁰ MEZGER Edmundo, Tratado Derecho Penal, Tomo II, Madrid España.

penal ha suprimido con mejor acuerdo, la enumeración de los títulos como el agente recibió la cosa de la cual después distrae o disipa.

El llamado delito de apropiación indebida está considerado, de *lege lata*, como una de las tantas defraudaciones a las que se refiere el Código Penal, sin que la ley se preocupe por identificarlo de alguna forma; se limita a describir la conducta en el artículo 560 *ibídem* y es aquí donde se encuentran los caracteres de este delito, sus elementos constitutivos y su penalidad.

Lo que salta a la vista es que el precitado artículo no se refiere de manera especial al ánimo de apropiación por parte del agente, como lo hacen los delitos de hurto o de estafa. No es pues, elemento constitutivo del tipo descrito el ánimo de apropiación por parte del agente.

El eje del delito radica en la distracción o disipación de la cosa que le fuera entregada voluntariamente por la víctima, y por esta distracción o disipación el agente se encuentra imposibilitado de devolver la cosa, o de usarla o emplearla en forma inadecuada por la víctima al momento de ser entregada.

La verdadera intención del delito radica en la distracción o disipación de la cosa, más no en la negativa de devolverla o en retener arbitrariamente la cosa, porque por lógica razón no se duda que el que distrae o disipa ejecuta actos de señor y dueño de la cosa disipada o distraída porque se está atacando la esfera de la custodia de la cosa para hacerla ingresar en la esfera del poder o propiedad.

Por lo expuesto es mi opinión que el delito necesariamente debe denominarse APROPIACIÓN INDEBIDA, llevando la contraria al tratadista Soler, quien le denomina “RETENCION INDEBIDA” porque la conducta delictuosa no se configura por la no entrega o por la retención, sino por la distracción o disipación que hace el agente.

2.1.2 ESTRUCTURA JURIDICA DEL DELITO

Dentro de la estructura jurídica de la apropiación indebida, podemos enumerar los siguientes:

2.1.2.1 ACCIÓN

El tipo penal tiene la frase sacramental “el que fraudulentamente...” sin que al hacer uso de esta frase la ley haya querido exigir que para la consumación del delito el agente debe hacer uso del fraude o de cualquier forma de éste, sin el cual no se podría cometer el delito que estamos analizando.

El concepto legal de “fraudulentamente” tiene un sentido intencional, no del fraude propiamente dicho, por cuanto el fraude es un modo de actuar, un medio de ejecución que se manifiesta objetivamente a través del engaño.

Mientras que en la estafa, por ejemplo, expresa que el agente debe hacer uso de medios fraudulentos, está indicando la manera de actuar, es un medio de ejecución que permite la consumación del tipo.

El fraude constituye un medio de actuar tal como la violencia, y se puede manifestar de varias maneras, particularmente como engaño con sus diferentes facetas, o como abuso de confianza en sus diversos grados.

Cuando se expresa que el agente debe actuar fraudulentamente para distraer o disipar, está indicando que el acto de distraer o disipar debe ser ejecutado intencionalmente, que el agente sea conciente de la ilicitud de su conducta, medio indispensable que la ley exige para que este acto de distraer o de disipar constituya una mala intención dolosa; esto es la voluntad de procurar el resultado deseado.

El agente sabe que la cosa que distrae o disipa no es propia y no tiene facultades legales para dicho acto. Todo lo relativo a la fraudulencia similar a la del hurto es válido para el delito de apropiación indebida, pues lo que la ley quiere es que se caracterice el delito por el acto doloso al usar esta palabra.

Primez establece: “que es una infracción de la misma naturaleza del robo: parece desde luego, natural, que no se castigue sino cuando el agente ha tenido como fin una intención perversa. La extensión dada a la infracción demuestra ser más necesaria la mención expresa de esta circunstancia, que está, por lo demás, en el espíritu de la ley”.²¹

²¹ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge , Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

2.1.2.2 LA DISTRACCIÓN

La intención del agente debe estar dirigida a distraer la cosa entregada. Distraer equivale a malversar, y es el hecho de destinar la cosa a un fin distinto de aquel al cual debía destinársela.

El agente que recibe la cosa hace un uso determinado y en lugar de hacer el uso autorizado destina la cosa a otro fin, con lo que ejecuta el acto de distraer o malversar, fundamento al que se refiere el delito de apropiación indebida.

El mero uso indebido de la cosa entregada no es capaz de consumar el delito de apropiación indebida, al igual que el mero aprovechamiento o uso de la cosa sin que este determine un acto de dominio; no conforma el delito en examen, porque se extingue la distracción al momento en que se demuestre que el ánimo del agente no era el apropiarse.

Para que la distracción constituya delito es necesario que el acto constitutivo exteriorice de manera indudable que el agente actúe como dueño de la cosa; esto es, que previo a la distracción el sujeto activo se apropie de la cosa y por este hecho actúe como si fuera dueño de ella malversándola en su provecho o en provecho de terceros.

El maestro Carrara considera que: “el derecho de dominio le es inherente al derecho de uso, el que usa indebidamente una cosa ajena, ejerce un acto de propiedad, y el que la empeña, no puede carecer de intención de usar de ella como propietario. Toda la diferencia consiste en saber si se ha querido usar de ella como propietario, con todos los derechos inherentes al dominio, o se ha querido ejercer sobre ella uno solo de estos derechos; pero siempre hay un acto de apropiación”²².

El elemento de apropiación por necesidad jurídica, incluye la intención de apropiarse; misma que es un hecho externo que constituye jurídicamente acto de dominio.

Ranieri establece expresamente que: “si el uso indebido implica un acto de dominio sobre la cosa, como cuando esta resulta disminuida en su integridad material o en su valor económico, la apropiación no puede negarse”.²³

²² ZAVALA BAQUERIZO, Jorge , Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

²³ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge , Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

Para que la apropiación recaiga sobre la cosa de la cual el sujeto estuvo en posesión, o que el sujeto use como si fuera dueño, debe justificarse invirtiendo su título.

Politoff, sostiene que apropiarse radica en que el agente no tiene la intención de rescatar la cosa y la distracción involucra al agente con la intención de rescatar la cosa para no devolverla a su dueño.

La distracción es la exteriorización del ánimo de apropiación, porque quien distrae invierte el título con que tiene la cosa y la destina a un fin distinto de aquel para la cual fue entregada, acompañado de un elemento subjetivo que a más de invertir el título es evidente el ánimo de apropiación.

Etcheverry cree que el animus remcibidi habendi en el momento en que el agente distrae la cosa es cuando invierte el título, y decide voluntariamente ejecutar un acto que él sabe y lo ejecuta como verdadero dueño, porque actúa como verdadero dueño.

Vamos a suponer que Ticio recibe de Sempronio una cosa para que haga de ella un uso específico, y luego de cierto tiempo restituya la cosa. Ticio, en lugar de darle el uso indicado por Sempronio, vende con pacto de retroventa, con la esperanza de que transcurrido el plazo señalado pueda recuperar la cosa vendida aplicando tal pacto.

Es evidente que Ticio actuó como señor y dueño porque existió en el agente el ánimo de apropiación y como tal vendió la cosa sin que la cláusula de retroventa enerve el ánimo de apropiación.²⁴

Para que el agente distraiga es necesario que primero se apodere de la cosa, es decir, que reemplace el título por otro título y que este último título le permita distraer la cosa. El mero tenedor que se convierte en poseedor y como tal distrae la cosa que no tenía poder de disposición y resuelve distraer la cosa, comete delito de apropiación indebida.

²⁴ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge , Los delitos contra la propiedad – Tomo II – Guayaquil, Ecuador

2.1.2.3 LA DISIPACIÓN

Disipar es malgastar. La ley penal ha querido dar un significado para sancionar al agente que priva de la propiedad a quien le confió la cosa como mero tenedor.

Distraer y disipar tienen el mismo concepto, pero hay autores que establecen que ambos términos van de la mano con el hecho de apropiarse de la cosa. Disipar es una expresión genérica que abarca los casos que pueda presentarse la distracción.

La ley penal ecuatoriana hace uso de la conjunción disyuntiva para separar los conceptos de distraer y disipar, estableciendo claramente dos situaciones completamente diferentes que mantienen su singularidad y característica propia.

Cuando la ley penal hace referencia a la disipación está encerrando dentro de este concepto cualquier otro abuso del tenedor que puede ser malgastar, vender, donar, etc., actos que violentan la obligación del tenedor de restituir la cosa entregada.

El hecho de que el agente se niegue a devolver la cosa y la conserve, es una distracción en tanto y en cuanto dispone de la cosa como si fuera su propietario. El que malversa la cosa, o el que enajena la cosa, o el que se queda con la cosa, sin derecho para hacerlo, está disponiéndose de ella.

Se puede afirmar como conclusión que la legislación penal cuando utiliza las expresiones disponer o disipar comprende todas aquellas manifestaciones materiales que pueden afectar la propiedad, y que quedan equiparadas a DISPOSICION.

El ánimo de apropiación es cuando la persona que ha recibido la cosa a título precario por cualquier cosa la vende con pacto de retroventa, la empeña o la alquila, con el propósito de recuperar la cosa que está obligado a entregar.

En este caso es evidente que existe el ánimo de apropiación, pues para vender, empeñar o donar, el agente subjetivamente cambió la situación jurídica de mero tenedor en poseedor.

Jiménez de Asúa califica de “naturaleza dudosa” las circunstancias definidas por Beling, y textualmente dice: “circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de una pena que no pertenece al tipo de delito, que no condiciona la

antijuridicidad y que no tiene carácter de culpabilidad... Las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo de delito, en aquellas no son circunstancias que pertenezcan al tipo... por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se lo suele denominar condiciones extrínsecas”.²⁵

Mezger establece que: “restringir el tipo de una manera que no corresponde a la naturaleza misma de la cosa fácilmente conduce al error. Pues entonces también sería preciso excluir del tipo el resultado de la acción en los delitos cualificados por el resultado... ya que respecto a dicho resultado falta precisamente la exigencia de culpabilidad”.²⁶

El perjuicio ajeno en la apropiación indebida es un elemento del tipo; la ley lo considera como necesario para la consumación del delito, esto es que si llega a faltar no es que no existe el acto delictivo, o no existe un autor culpable; lo que no existe es el delito propiamente dicho porque no se ha logrado consumir la acción por cuanto la conducta no generó perjuicio ajeno, mismo que es el elemento objetivo principal y necesario para la consumación de la apropiación indebida.

Debe haber engaño y abuso de confianza más un perjuicio patrimonial, elemento éste que guarda relación con el enriquecimiento ilícito de este delito; es la otra vertiente de la apropiación al desposeer de la cosa a su legítimo titular, por lo que mal se puede desposeer uno mismo de aquello que le pertenece. Sólo la apropiación de lo ajeno puede generar el delito.

Aun existiendo una posesión, directa o indirecta, mediata o inmediata, se carece de la posibilidad de disponer de ello, como antes se ha dicho.

Mas las peculiaridades de estas apropiaciones, obligan a matizar, ya más concretamente, cuanto la doctrina jurídica señala respecto de la configuración del tipo penal en los casos de una administración desleal del patrimonio ajeno.

El precepto viene referido, como sujetos activos de la apropiación indebida, a los administradores de hecho o de derecho.

Como modalidad de la apropiación indebida, se encuentra la gestión desleal que se comete cuando el administrador o el mandatario perjudican

²⁵ JIMENEZ DE ASÚA Luis. Lecciones de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Oxford

²⁶ JIMENEZ DE ASÚA Luis. Lecciones de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Oxford

patrimonialmente a su principal en la medida en la que distrae el dinero de cualquier manera.

El perjuicio patrimonial ocasionado al titular del patrimonio administrado como consecuencia de la utilización contraria al deber de las sumas recibidas, es la clave de la infracción.

En último caso ha de prevenirse que el tipo penal del artículo 560 del Código Penal es distinto de lo que puede ser una simple administración desleal en una sociedad, que ello no obstante será apropiación indebida si se ha producido apropiación de dinero, esto es, acordando el pago de dinero de la sociedad en favor de un tercero, sin contar para nada con quien debería autorizar legítimamente el mismo.

2.1.3 BENTREGA DE LA COSA MUEBLE

La apropiación indebida se desenvuelve dentro de la gestión desleal, que se consume cuando los sujetos activos de la infracción, excediéndose de sus funciones de administración se apropian primero del dinero social sometido a su dominio de hecho, para seguidamente, y después, hacer entrega del mismo a otras personas sin contar para nada con nadie, con la intención o con un lucro, ampliamente entendido, que, como otras muchas situaciones de este complejo asunto, han quedado sin dilucidar.

La gestión desleal se diferencia de la administración dolosa de los actos por cuanto el agente en el caso de la responsabilidad penal del administrador por actos ajenos está dada a un gerente, directores o a los administradores de un persona jurídica tal como lo establece el artículo 364 del Código Penal. Otra diferencia es que los actos de los administradores de acuerdo al artículo 364 del Código Penal son contrarios a los estatutos leyes y reglamentos que rigen la persona jurídica mientras que la gestión desleal, los actos no se los ejecuta contra los reglamentos, leyes que rigen a la persona jurídica, si no por lo contrario utilizando la normativa que rige a la persona jurídica se hacen entregar del mismo bienes perjudicando los interés patrimoniales de otras personas.

En cualquier caso ha de quedar claro que la infracción se consume aunque el dinero dispuesto no hubiera sido recibido por el sujeto activo materialmente,

pues basta la adscripción ideal "ex iure domino" para que surja la figura delictiva.

2.1.4 EL PERJUICIO AJENO

El perjuicio al que se refiere el artículo 560 del Código Penal cuando se trata de la apropiación indebida, lo recibe el propietario de la cosa entregada, sin que esto signifique que no pueda haber otros agraviados.

Finalmente, es necesario también explicar que quien puede causar el perjuicio es cualquier persona a quien se le haya entregado la cosa con la condición de restituirla o de hacer de ella un uso o empleo determinados, y que la distrae o disipa, pero jamás puede ser agente del delito cuando esta persona es la propietaria de la cosa, por más que se le hubiere entregado en depósito judicial o que hubiere sido retenida judicialmente.

Cuando se trata de depositarios judiciales, quienes son empleados públicos y que tienen las cosas entregadas por el alguacil a título precario, no cometen apropiación indebida, sino se aplica el artículo 257 del Código Penal y se someten a las penas del peculado si es que se dispone de las cosas depositadas; ya consiste el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier semejante.

Si el derecho de restitución es un objeto jurídico específico del delito de apropiación indebida y la propiedad es el objeto jurídico genérico, y por ende, si la especie contiene todos los elementos del género y un plus que le hace diferente, debemos concluir que el delito de apropiación indebida tiene como objeto jurídico la propiedad, es decir el género, que es lesionado mediante el incumplimiento del derecho personal a la restitución o al uso o empleo determinado; esto es el plus.

Por lo expuesto, cuando el agente incumple la obligación que tiene de restituir, o de hacer un empleo determinado de la cosa por haber distraído, disipado o dispuesto de la misma, está lesionando la propiedad; es decir, que este se ofende cada vez que el agente se niega a la restitución, pasando así a ser dicha negativa el modo, camino o vía con que se hace efectiva la lesión a la propiedad.

2.2 EL OBJETO MATERIAL (LA COSA)

El objeto material del delito de apropiación indebida es la cosa mueble. La acción ejecutiva del agente en estos delitos debe estar dirigida a la apropiación de una cosa mueble que le ha sido entregada bajo condición de restitución o de hacer de ella un uso determinado.

El artículo 560 no se refiere de manera especial y concreta a la cosa mueble como lo hace el hurto, pero es evidente que se refiere a las cosas muebles por cuanto la ley hace especial relación al hecho de que la cosa debe ser “entregada” al agente, y solo puede entregarse una cosa mueble.

La ley penal al referirse de manera directa a la cosa mueble, en lugar de afirmar, como lo hace de manera casuística a la serie de cosas muebles que pueden ser objeto del delito de apropiación indebida; esta serie de cosas muebles según el Código Penal son: “efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos o escritos de cualquier especie que contengan obligación o descargo”.

Como se puede apreciar todas las cosas antes enunciadas podían haberse comprendido dentro del concepto de cosas muebles, para ahorrar de esta manera lo que puede ser objeto de apropiación indebida.

2.2.1 LA ENTREGA DE LA COSA

El artículo 560 del Código Penal expresa que la cosa debe ser entregada al agente “con la condición” de restituirla o hacer de ella un uso determinado. Es necesario destacar que la cosa debe ser entregada al agente; esto es que el agente haya tenido previamente en su poder la cosa o la entrega de la misma, que es un presupuesto necesario para la consumación del delito de apropiación indebida.

El momento en que la ley indica que el sujeto activo debe restituir la cosa, o hacer de ella un uso especial, significa que la entrega tiene dos características esenciales que son:

- Que sean hechas de manera de voluntaria y sin vicio de consentimiento; y,
- Que sea hecha a título precario, no traslativo de dominio.

2.2.2 ENTREGA VOLUNTARIA Y SIN VICIO

En la estafa se dejó establecido que la entrega de la cosa la hace el agente a través de medios fraudulentos que inducen al error de la víctima; pero en la apropiación indebida la víctima sin vicio alguno en su consentimiento, de manera libre y voluntaria entrega al agente, mismo que recibe a título precario la cosa; esto quiere decir que la apropiación indebida únicamente puede constituir delito cuando el agente no ha recibido la cosa a título de dominio, pues en ese caso no cabe la estructura de este delito.

Precisamente la cosa que se entrega al agente no transmite el dominio, por lo tanto el agente debe cumplir con una obligación al momento de recibir la cosa, que consiste en restituirla o devolverla.

2.2.3 ENTREGA DE LA COSA A TÍTULO PRECARIO

En la apropiación indebida existe una relación jurídica entre la persona que recibe la cosa a título precario y quien la entrega de la misma forma. En un lado de la relación jurídica está la persona que tiene el derecho personal de exigir la restitución de la cosa, o que se haga de ella un uso o empleo deseado por el dueño.

Como simple deducción se puede establecer que existe el derecho de restitución o uso determinado con una obligación convenida por las partes en esta relación jurídica, que no solo comprende la simple entrega, pues en algunas ocasiones la relación nace por el uso que debe darse a la cosa.

Se entiende que la entrega de la cosa se la hizo a título traslativo de dominio, y por ende la obligación de quien la recibió queda limitada a la devolución, la misma que debe ser con indemnización, con la entrega de la misma cosa o de otra equivalente en cantidad o calidad.

Por todo lo expuesto se puede concluir que se debe tener en cuenta antes de iniciar el proceso penal el concepto civil de tenencia, aplicado necesariamente al campo penal, porque la tenencia difiere de la posesión en que se carece del elemento subjetivo (ánimo de señor y dueño).

Cuando existe posesión no se consuma el delito de apropiación indebida, porque el poseedor la tiene como dueño y señor, por lo que no se puede

apropiar de lo que es propio; a diferencia del portador quien recibió la cosa independizándola de la custodia, sino que lo hizo simplemente para que la tenga de manera accidental bajo el control del dueño.

Lo característico del delito de apropiación indebida consiste en que al ejecutarlo el autor tiene ya la cosa consigo, porque ésta le ha sido entregada por el propietario o tenedor legítimo, y, por consiguiente, no necesita sustraerla, como en el caso del hurto, ni tampoco hacérsela dar sirviéndose de un engaño como ocurre en la estafa.

El delito, en consecuencia, no se consuma con la salida de la cosa de la esfera de custodia y resguardo del propietario o legítimo tenedor, pues ella se ha producido previamente y de forma lícita; se perfecciona, en cambio, cuando el sujeto, que ya la tenía en su poder pero con obligación de entregarla o devolverla, se niega a cumplir con ese deber, sea porque no quiere hacerlo, o porque se ha puesto en la imposibilidad de realizarlo.

El delito de apropiación indebida exige que previamente haya habido entre quien recibe la cosa y quién la entrega un contrato de carácter civil, que puede ser en depósito, en comisión o por otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, como lo es, también, un comodato o préstamo de uso, como sostienen los autores mencionados.

Para que exista el tipo penal debe existir previamente un contrato civil válido, relativo a una cosa mueble, con un título de mera tenencia y que permita al dueño de ella exigir su restitución, como lo reitera el tantas veces citado profesor Etcheberry, al señalar en su obra mencionada que en la apropiación indebida, la entrega de la cosa ha tenido su origen en un acto voluntario y válido, agregando posteriormente, que este último delito supone siempre y necesariamente un título válido en su origen, y no un título viciado o solo aparente, y se cometerá materialmente mediante la ejecución de actos propios del dominio, y a los cuales el título no da derecho, o bien mediante la negativa a entregar cuando llega el momento de la restitución o entrega y ésta es exigida. “La negativa no necesita ser expresa; puede consistir en una mera omisión o pasividad ante el requerimiento”.²⁷

²⁷ JIMENEZ DE ASÚA Luis. Lecciones de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Oxford

2.3 ESTUDIO DEL NEXO CAUSAL DE LA APROPIACION INDEBIDA

El nexo causal es la relación existente entre el resultado y la acción, que permite afirmar que aquel ha sido producido por esta. En un sentido más restringido solo se puede hablar de causalidad para referirse a uno de los grupos de teorías que han tratado de explicar aquella relación; las llamadas teorías de la causalidad: la teoría de la equivalencia de condiciones o de la *conditio sine qua non*, que establece a breves rasgos que todas las condiciones tienen idéntica relevancia causal; la teoría de la causalidad eficiente y de la causalidad adecuada.

En la actualidad las teorías de la causalidad vienen corregidas en sus resultados por otras que no tienen la relación acción – resultado, y partiendo de criterios normativos de lo ilícito penal, deducen sus principios de la naturaleza de la norma y de su fin de protección, como es el caso de la teoría de la imputación objetiva.

El delito es en primer término un acto humano que comprende por una parte la acción ejecutada, por otra la acción esperada y como resultado el acto sobrevenido. Para que alguien pueda ser inculcado, precisa la existencia de un nexo causal o la relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido.

Con razón señala Von Hippel que la controversia científica sobre la relación causal es una conquista de tiempos más recientes. Hay un gran contraste entre el planteamiento del problema en el antiguo derecho y el esclarecimiento del asunto según varias concepciones.

En la edad moderna se suscita la cuestión del nexo causal en hechos especiales como el homicidio, lesiones, la participación de varias personas en un delito; y, en la moderna dogmática en cambio se investiga en todos los delitos; tal como Beling establece en su artículo penal “El estado actual de la doctrina de la causalidad en Derecho Penal”.

La doctrina jurídica moderna se ha preguntado ¿cuál es el resultado?, lo que hace de la causalidad un elemento del concepto delito. Gran número de artículos de códigos penales afirman que causar o causado es el poder realizar un perjuicio y de resultar, es el cometimiento de un perjuicio como resultado de la causa y por consecuencia de la conducta.

Muchas voces del derecho moderno más que referirse al nexo causal, configuran los delitos de peligro. A esta clasificación se la denomina delitos clasificados por el resultado.

La relación de causalidad ha de ser suscitada en todo delito cuando la causación material del resultado pueda estar sometida a controversia y no solo a definiciones en que aparece como un elemento del tipo.

Para precisar el concepto de nexo causal debemos establecer dos extremos:

- a) El concepto no es jurídico, es filosófico. Consiste en la referencia entre la conducta humana y el resultado. Si el nexo existe, aplicamos la categoría de causalidad como forma de nuestro conocimiento; y.
- b) La teoría de la causalidad se refiere únicamente a cambios sobrevenidos en el tiempo y el espacio y no al nexo lógico de conceptos, ni a la apreciación ético – social del acto.

Maggiore manifiesta que el concepto de acción se refiere a la idea de una relación existente entre la conducta y el resultado, puesto que, por aquella se entiende un hacer o no hacer, que produce un cambio en el mundo exterior. La relación de la que nos habla Maggiore es dinámica y productiva, puesto que el resultado que produce es la causa.

Jiménez de Asúa establece claramente que solo puede ser inculcado si en el resultado existe un nexo causal entre el acto humano y el resultado producido.

2.3.1 TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES

Creada por Buri y estructurada por Stuar Mill, lo cual al decir de Mezger quien formuló la teoría, no tenía conocimiento del pensamiento filosófico inglés. Esta teoría se encuentra en la estrecha relación histórico – espiritual con dirección al ius natura del pensamiento del siglo XIX.²⁸

Esta teoría entiende por causa la suma de condiciones positivas o negativas que produce el resultado y que son equivalentes entre sí por tener el mismo valor de causa; es decir que debe considerarse en cada una de ellas la causa del resultado.

²⁸ JIMENEZ DE ASÚA Luis. Lecciones de Derecho Penal, Tomo 3, Página 145, Editorial Oxford

Esta teoría es dominante en el derecho penal alemán. Se estima que toda causa genera una condición de un resultado concreto, y todas las condiciones deben considerarse equivalentes, no solo en sentido causal sino en el sentido jurídico. En suma, toda condición debe ser tenida como causa del resultado.

2.3.2 TEORÍA DE LA ÚLTIMA CONDICIÓN

Denominada como la teoría de la causa próxima; para esta teoría el conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado, solo tiene carácter de causa la última de ellas, es decir, la más próxima al resultado. Por lo tanto, el valor causal de las demás condiciones mediatas necesita que se les otorgue un título de causa única inmediata.²⁹

Aún cuando esta teoría en la práctica, puede dar solución a muchos problemas de aplicación jurisdiccional y jurisprudencial, no es utilizada universalmente y por eso entra en crisis. Si de por sí resulta difícil en ocasiones determinar cual es la causa próxima, más difícil resulta la última condición.

A lo anterior podría agregarse que la teoría, al destacar una de las condiciones y otorgarle el carácter de causa, niega la existencia de las concausas y no resuelve tampoco el problema de la participación.

2.3.3 TEORÍA DE LA CONDICIÓN MÁS EFICAZ

De acuerdo con esta teoría, para Porte Petit debe considerarse la causa más eficaz a aquella condición que en la producción del resultado ha contribuido más.

Esta teoría apoyada en un criterio cuantitativo, pretende que tendría valor causal aquella condición que en el conflicto entre fuerzas antagónicas, desplegara eficacia preponderante.

Esta teoría ha sido criticada, en primer término, por tratar de reducir el valor de la causa, que es cualitativa, a una expresión cuantitativa, señalándose además la dificultad que tiene en la práctica, determinar el verdadero valor de las varias condiciones, esto es, la contribución que positivamente aportan en la producción del resultado, sin que exista por ello una razón suficiente para

²⁹ JIMENEZ DE ASÚA Luis. Lecciones de Derecho Penal, Tomo 3, Página 146, Editorial Oxford

considerar causa únicamente a la condición que más ha contribuido en la realización del efecto.

De aceptarse que causa eficaz solo puede ser una, tendrían que suprimirse las causas concurrentes, con exclusión del problema de la participación de varias personas en la comisión de un delito.

2.3.4 TEORÍA DE LA ADECUACIÓN

Esta teoría en principio pretendió restringir el concepto de la conexión causal al amparo del Derecho, limitando por tanto la corriente naturalista sobre el nexo causal al solo ámbito de lo jurídico. Conforme a ella, es causa en la producción del resultado no toda condición, sino aquella apropiada para producirlo.³⁰

Su más decidido mantenedor es VON BAR, que al principio sostuvo el criterio antes expuesto y proclamando en 1871, en el que se determina que debe excluirse de la causalidad en el ámbito jurídico todo lo que no corresponda a la denominada *regla de la vida*.

El filósofo VON KRIES, al dar los fundamentos de esta doctrina, crea la teoría subjetiva de la acusación adecuada, considerando como causa la propia para producir un resultado de la índole concreta del que se halla en cuestión, en el sentir del sujeto que actúa.

RUMELIN establece una teoría objetiva y para escapar a los reproches que se hicieron a KRIES afirma que el problema de la probabilidad, en que descansa la adecuación, debe ser resuelto desde el punto de vista del observador objetivo, es decir, según el criterio del juez. Con discrepancias más o menos voluminosas, siguen esta doctrina LIEPMANN, MERKEL, MEYER-ALFRED, PERRONI-FERRANTI, MASSARI, etc. A este grupo deben adscribirse, además, las teorías de la circunstancia generalmente favorecedora de TRAGER; de la adecuación como cuestión previa de TARNOWSKI, y en última instancia, y a pesar de partir de la equivalencia de las condiciones, la de HIPPEL.

³⁰ JIMENEZ DE ASÚA Luis. Lecciones de Derecho Penal, Tomo 3, Editorial Oxford

2.3.5 TEORÍA DE RESULTADO

El significativo resultado es referido a distintos significados por diferentes teorías sobre el mismo:

a) Teoría Jurídica

Lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Según esta teoría todos los delitos tienen resultado.

b) Teoría Naturalista

Modificación del mundo exterior, material o inmaterial (daños), fisiológica (muerte), anatómica (mutilaciones), psíquica (daños mentales) o psicológica etc., que es verificable por los sentidos, mediata o inmediatamente con ayuda de técnicas o instrumentos, o sin tal ayuda, por efecto de una conducta delictiva, pero distinta de ellas en las coordenadas de espacio y tiempo.

c) Teoría Mixta

Esta teoría añade al concepto inmediatamente antes expuesto la nota de trascendencia jurídica o de tipicidad, pues sus defensores consideran que una conducta puede producir muy diversos efectos y solo alguno o algunos serían resultado para la teoría del delito.

Ese resultado afirman sus mantenedores, es la modificación del mundo exterior, prevista en un tipo delictivo.

Conforme a las teorías segunda y tercera, debe distinguirse entre delitos de mera conducta o de mera actividad, sin resultado en los respectivos sentidos indicados, y delitos de resultado, cuyas acciones están ligadas a uno por un nexo causal (cuando el delito se da en grado de consumación).

En principio tan solo los delitos de resultado pueden darse en grado de frustración.

Atendiendo a su inclusión en las dos categorías antes citadas –delitos de mera conducta, delitos de resultado- y a su acción –comisiva u omisiva- suele distinguirse entre delitos:

- De comisión propia: acción en sentido estricto sin resultado.

Resultado:

- De omisión propia: omisión sin resultado.
- De comisión impropia: acción con resultado.

De omisión impropia (comisión por omisión): omisión con resultado.

El resultado en su más amplia acepción, consiste en el obrar u omitir del hombre, que produce un conjunto de efectos en el mundo naturalístico. Dentro de tan amplio concepto, se identifica el resultado con un acontecimiento o suceso, comprendiéndose tanto en el actuar (positivo o negativo), como los efectos producidos.

En un sentido más restringido, el término resultado debe separarse de la conducta para aludir, exclusivamente, a las modificaciones que la misma produce en el mundo fenomenológico. Tal idea fundamenta la definición de MAGGIORE cuando afirma que el resultado es el efecto del acto voluntario en el mundo exterior, o más precisamente la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa. Semejante criterio es adoptado por BATTAGLINI, para quien el resultado lo constituye la modificación del mundo externo producida por la acción positiva o negativa del agente.

A pesar de lo expuesto, hemos de poner de relieve los múltiples efectos que, con su conducta, puede producir el hombre en el mundo externo, no constituyendo todos ellos un resultado para el derecho.

Como observa ANTOLISEI, si se considera por ejemplo, un homicidio ejecutado con arma de fuego, se constata que el efecto inmediato y directo de la acción es el cambio de sitio del gatillo del fusil, consecuencia que evidentemente tiene un valor secundario, puesto que el considerado por el derecho, es la muerte de la víctima, resultado precedido por otros efectos tales, como la explosión de la pólvora y del cartucho, la salida del proyectil, la lesión producida al hacer impacto la bala en el cuerpo, etc.

Todos estos efectos son importantes, por cuanto tienen un preciso valor en la serie causal iniciada por el movimiento corporal del agente, pero solo tiene rango de resultado, hablando jurídicamente, aquel efecto que el derecho considera relevante para la integración del tipo.

Se pone de manifiesto con lo anterior la diferencia existente entre los efectos naturales de la conducta humana y los efectos jurídicos de ella; por ese motivo para construir el concepto del resultado es indispensable, como lo aceptan entre otros, MAGGIORE, ANTOLISEI, BETTIOL tener a la vista un esquema legal de cada delito en vez de vagar por la incertidumbre de supuestos cánones y principios generales.

Aceptando la expresión de MAGGIORE hemos de reconocer que el resultado es la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito o lo que es lo mismo, la realización del tipo fijado por la ley o como dice ANTOLISEI, el efecto natural de la acción relevante para el derecho penal.

En el mismo sentido cobra especial interés el concepto de LIEPMANN, cuando expresa hay resultado siempre que se ha verificado un cambio que lógicamente corresponde en su presupuesto y en sus consecuencias a los requisitos de un contenido de delito bien concreto y determinado.

Con lo anterior se precisa que el resultado es un efecto de la conducta, pero no todo efecto de esta tiene tal carácter, sino solo aquel o aquellos relevantes para el derecho por cuanto este los recoge en el tipo penal.

2.4 TEORÍA DE LA RELEVANCIA JURÍDICA

Se cuestiona en Alemania sobre el problema del nexo causal entre la conducta humana y el resultado delictivo. La posición correcta ha ido abriendo una meta la cual desde el punto de vista de Mayer estableció en formular la pregunta sobre la importancia o relevancia de la relación causal. Beling establece que la equivalencia de condiciones, de haber incurrido en el defecto de un concepto de causa de valor general, que ni siquiera se basa en un determinado ordenamiento jurídico, surge como único camino correcto el problema de la causalidad que consiste en acudir a los tipos legales delictivos, y, dentro de ellos a las imágenes rectoras.

La comprobación que una manifestación de voluntad humana ha sido causa de un resultado, que aún no tiene valoración penal alguna, pues esa valoración a partir de ese primer momento debe ser varias veces investigada, es decir, si es típicamente anti jurídica y si el autor merece un reproche de culpabilidad. La doctrina que exponemos imperada en Alemania hasta 1933, y es la más correcta por unir la conexión causal, basada en equivalencia de condiciones y la relevancia en orden a la responsabilidad.

2.4.1 CLASES DE RESULTADOS

Atendiendo a la naturaleza de la mutación, deriva en un nexo causal de la conducta; se habla en orden al resultado de una concepción jurídica o formal, y otra naturalística o material. De acuerdo con la primera el resultado ha de entenderse en forma diversa de la concepción naturalística o sea como una mutación o cambio en el mundo jurídico o inmaterial. Mientras que la segunda solo atiende a la transformación que en el mundo material se produce como consecuencia de la conducta del hombre, recogida por la ley incorporándola al tipo. La aceptación de una u otra concepción lleva a consecuencias diversas. De aceptarse el criterio material o naturalístico habría de reconocerse que no todos los delitos tienen un resultado, pues en orden al tipo no siempre se requiere la existencia de una mutación del mundo material; por el contrario aceptar el criterio formal o jurídico llevaría a afirmar la existencia en todo delito de un resultado, pues este se reduciría a la lesión de un bien o interés jurídicamente tutelado.

2.5 ANTIJURIDICIDAD

Lo antijurídico es la expresión anti aprobadora que requiere esclarecimiento a fondo porque tanto lo justo como lo injusto han sido enturbiados por las exigencias de moral y la ética.

Schopenhauer establece que el prius lógico es lo jurídico y que a él le sucede lo jurídico. Desde el punto de vista de la evolución histórica el ordenamiento jurídico es un orden de paz nacido contra los ataques injustos a los intereses personales y colectivos³¹

³¹ JIMENEZ DE ASÚA Luis. Lecciones de Derecho Penal, Tomo 3, Página 176, Editorial Oxford

2.5.1 CONCEPTO

La antijuricidad es lo contrario al derecho, por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, si no que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho. Los escritores alemanes establecen que la antijuricidad reivindica que la dogmática dentro de la construcción del derecho penal. Es dotada de un significado valorativo sobre lo normativo y este valor describe el tipo del acto salvo así la legítima defensa que transforma en jurídica la acción antijurídica.

Para conocer el carácter jurídico de un acto encajado en tipo penal tenemos que seguir tres etapas:

- a) Si expresamente la ley acogió la excepción de la antijuricidad (como la muerte de un hombre en legítima defensa).
- b) Si, en caso de no aliarse expresamente enunciada la juricidad del hecho, este se verificó en cumplimiento de un fin reconocido por el estado (como si un boxeador no profesional golpea a otro en el juego, cuyas reglas se observaron escrupulosamente) y,
- c) Si en acto conveniente a los fines de la convivencia social, se vulneran bienes jurídicos para mantener otros de mayor trascendencia e importancia.

2.5.2 ANTIJURICIDAD MATERIAL Y FORMAL

El delito, en cuanto constituye un acto injusto es como la infracción civil, un acto contrario al derecho. El delito es contrario al derecho. Esta reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble:

1. El acto es formalmente contrario al derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el estado, o de un mandato o de una prohibición del orden jurídico; y,
2. El acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.

De aquí resulta que la lesión o riesgo de un bien jurídico solo se da materialmente contrario al derecho cuando este en contradicción con los fines

del orden jurídico que regula la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente legítima a pesar de ir dirigida contra intereses protegidos.

2.5.3 ANTIJURICIDAD OBJETIVA

Lo antijurídico es objetivo. Por eso como veremos, no es lo antijurídico lo que capta el dolo si no el deber de no violar las normas. En el aspecto objetivo la muerte antijurídica de un hombre es independiente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva.

En el concepto natural, con independencia de valor-acto. Luego es una comparación cognoscitiva con lo descrito, sin valorar (tipicidad), una gran corriente de opinión estima objetiva la antijuricidad, Mayer dijo “ Es accesorio el hecho de que se pueda combatir el concepto de antijuricidad objetiva; lo esencial es que no se le debe combatir para no confundir la culpabilidad con su presupuesto, es decir, la antijuricidad”.³²

2.6 CULPABILIDAD

Aparece la acción culpable como la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad. Mezger, ha desarrollado una noción sugestiva donde se establecen la naturaleza de la culpabilidad dividida en dos doctrinas:

1. Doctrina Psicológica.- Se funda en que la culpabilidad halla su causa en la determinada situación he hecho predominantemente psicológico. De ahí el aserto de que la relación subjetiva entre el hecho y el autor es lo que vale, es decir que la culpabilidad reside en ella.
2. Doctrina Normativa.- Se trata de una valoración jurídico-penal y no meramente ética adviértase que a la acción le corresponde el efecto del querer, y a la culpabilidad, no solo el efecto, si no, el contenido

³² JIMENEZ DE ASÚA Luis. Lecciones de Derecho Penal, Tomo 3, Página 184, Editorial Oxford

2.6.1 CONTENIDO DEL JUICIO DE CULPABILIDAD

Se refiere al acto de voluntad. A sus elementos que son los motivos que forman la piedra angular del dolo. El acto debe ser adecuado a la personalidad del que lo causa. Aquí debe apreciarse la peligrosidad, que es la única manera en enclavar jurídicamente el estado peligroso del culpable.

2.6.2 ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Se han descrito dos elementos: éticos y psicológicos y que Mezger con exactitud los llamó intelectuales y emocionales. Soler cree que deben ser tratados en la teoría general de la culpabilidad, pero para Jiménez de Asúa esto es un vicio del sistema. Estos elementos no podrán darse en la culpa si no solamente en el dolo.

2.7 COMENTARIO

El delito de apropiación indebida está caracterizado por tres elementos fundamentales que lo tipifican; de esta manera a falta de uno de ellos el delito no podrá ser sancionado en ninguna de sus características.

Previo a que se establezcan los elementos constitutivos del delito, el legislador ha determinado que deben cumplirse ciertos requisitos a fin de llegar al nexo causal. Sin el nexo causal este delito no puede ni se debe sancionar, por cuanto tiene una característica de efectos instantáneos que perduran en el tiempo, tal como lo señala el maestro Mezger.

En el nexo causal del delito de apropiación indebida debe constar la causa y efecto del mismo, porque su causa nace con el fraude penal y sus efectos; esto es, el detrimento patrimonial se perpetuará hasta que el sujeto pasivo reclame o el sujeto activo enmiende el acto punible.

La característica fundamental de la apropiación indebida es similar a la del robo o hurto, esto es, el ánimo de apropiarse, situación que en mi investigación la ilustraré más detalladamente.

Si el ánimo de apropiarse está contenido en los elementos típicos del acto, este puede ser sancionado como apropiación indebida, en tanto no se

desnaturalicen los efectos; esto es, el detrimento al patrimonio a través de la disposición o disipación que en algunos casos puede ser arbitraria o voluntaria. La arbitraria se determina a través de otros delitos, tales como la falsificación de firmas, la usurpación de títulos o sellos, la falsificación de documentos y la estafa; y la voluntaria se determina a través del ardid o engaño que sufre la víctima, abusando de la confianza del agente.

Si bien es cierto, este delito tiene cierta similitud con la estafa como queda antes indicado y las causas por las que se tipifica el delito son las que le diferencian, al igual que existe diferencia con el robo, el hurto, la colusión, la usurpación y otras defraudaciones.

La apropiación indebida es un delito netamente doloso, es decir debe actuar el animus delictium para que se configure el tipo penal. No existe animus culposus, por una simple razón: la existencia del fraude.

El animus delictium tiene que estar probado con certeza meridiana, es decir debe aplicarse el silogismo penal al dictar la respectiva resolución o sentencia; si el Tribunal determina cierta duda, por más mínima que sea, no podrá configurarse el delito.

La apropiación indebida recae únicamente dentro de ciertas cosas, las mismas que al estar detalladas en la norma penal adjetiva dan el tipo al acto, por lo que el momento en que la apropiación indebida recae sobre una cosa diferente a la tipificada, se desconfigura el ilícito penal, pero se configura otro delito.

Para terminar, es necesario dejar en claro que la apropiación indebida es una forma de defraudación, más no de estafa como erróneamente ha codificado el legislador, llevando a la confusión a varios estudiantes, pero por la extraordinaria investigación de tratadistas nacionales y extranjeros, y por la enseñanza de normas penales positivas extranjeras, tales como la argentina y la chilena, se ha llegado a la sana conclusión de no involucrar como tipo penal de estafa a la apropiación indebida.

CAPITULO III

3.1 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA ESTAFA Y LA APROPIACION INDEBIDA

3.1.1 DIFERENCIAS OBJETIVAS DE LA ESTAFA CON LA APROPIACION INDEBIDA

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

La diferencia de la estafa con la apropiación indebida es la entrega de la cosa, lo que determina que la posesión inicial del sujeto activo sea lícita. Siendo así, el engaño que pueda eventualmente utilizarse para facilitar o encubrir la apropiación posterior no convierte al hecho en estafa. La diferencia con las falsedades es confusa, cuando la falsificación de un documento es el medio engañoso que se utiliza para producir la defraudación.

El engaño, es el elemento más característico de la estafa. No todo engaño es capaz de integrar la estafa: debe tratarse de un engaño "bastante". La concreción de esa suficiencia se hace, por lo general, diferenciando entre un módulo objetivo, referido al hombre medio, y del que se deriva la exigencia de una cierta condición mínima, y un módulo subjetivo, complementario del anterior.

No es suficiente para apreciar la estafa por lo general, la simple mentira, porque ello equivaldría a criminalizar por estafa todas las promesas incumplidas.

La relación de causalidad que debe mediar entre los distintos elementos del delito ha de estar también presente: la conducta engañosa es causa del error, y éste del acto de disposición, que, a su vez determina como efecto el perjuicio. Lo común es que el engaño preceda al acto de disposición.

El perjuicio ha de ser real, efectivo, valorable económicamente y de entidad determinada o determinable, porque su concreción es precisa para la calificación del hecho como delito o como falta.

El delito de apropiación indebida requiere que se deba devolver el bien en su totalidad, para que el propietario o poseedor original disponga de él como lo desee.

De conformidad con los principios inspiradores de este instituto jurídico, sus elementos integradores son tres, que a saber son:

- a) Pluralidad de personas involucradas en la actividad;
- b) Una comunidad de bienes, dinero o industria, destinados a la realización del fin pactado;
- c) El acuerdo de repartir las ganancias.

A dichos elementos precisa añadir otro de vital importancia, cual es la voluntad de unión, el ánimo de los contratantes de correr una suerte común, que implica riesgos y desventajas.

Se trata de una disposición anímica, conocida como "*affectio societatis*" o "*animus contrahendae societatis*", la cual entraña una convergencia de intereses; una coordinación funcional de prestaciones dirigidas a la obtención del fin común propuesto.

Figuras como la apropiación indebida, la administración fraudulenta y varias modalidades del estelionato (solo para citar algunos ejemplos), se originan o tienen como relación subyacente en la mayoría de las ocasiones, una de carácter contractual ya que el acto típico no solo constituye el delito, sino que además implica el incumplimiento de los deberes asignados al agente por el contrato.

El art. 563 del Código Penal, que inicia la regulación sobre las estafas, dentro de las defraudaciones, indica: "*El que, con propósito de apropiarse 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 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*".

Dentro de las defraudaciones, en el Art. 560, se recoge la apropiación indebida, siguiendo los parámetros siguientes: "*El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le*

hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado...”

El derecho penal español, codifica una agravación que puede provenir de que la estafa o, en su caso, la apropiación indebida, siguiendo los criterios del Art. 250 del Código Penal español, cuando recaigan sobre bienes de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social; se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal; mediante cheque, pagaré, letra de cambio o negocio cambiario ficticio; abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento, público u oficial, de cualquier clase; recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico; revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia y, por último; se cometa abuso de las relaciones existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

En el derecho penal ecuatoriano, la estafa no es susceptible de agravantes porque es un delito que afecta particular y privadamente a determinada persona, lo que prohíbe la existencia de estos medios de comisión y más bien aplican el instituto del *in dubio pro reo*, beneficiando en todo al agente de las estafas y otras defraudaciones.

Lo característico de estos delitos es el fraude; la astucia utilizada para cometerlos. Esta actitud fraudulenta ha de surgir de inicio, lo que nos sirve para diferenciar el ámbito penal del civil, de la misma forma que el propio concepto de engaño.

Así, la jurisprudencia hace depender la distinción en el momento en que concurre la voluntad de defraudar, de manera que hay estafa cuando el dolo, la voluntad de engañar en este caso, surge antes de concluir el contrato, mientras que la buena fe inicial hace que sólo haya responsabilidad civil.

Ayuda a conocer este propósito delictivo la puesta en escena o el conocimiento por parte del autor de la imposibilidad *“ab initio”* de cumplir con las obligaciones que se contraen. Igualmente, deben diferenciarse del hurto estas maniobras fraudulentas. Así, se dice: Hurta el que toma y estafa el que recibe.

De la misma forma, en la extorsión no hay voluntad de realizar un acto de disposición, sino una actuación proveniente de violencia o intimidación, mientras que sí la hay, como ya se ha indicado previamente en esta investigación, en la estafa en donde la voluntad se encuentra viciada por el engaño.

3.1.2 DIFERENCIAS SUBJETIVAS DE LA ESTAFA CON LA APROPIACION INDEBIDA

En la apropiación indebida no existe dolo preexistente o engaño previo. En la apropiación indebida se produce una entrega inicial que el sujeto activo recibe de buena fe, surgiendo luego la ilegítima intención apropiatoria, en que los hechos no son constitutivos de un delito de estafa por faltar el requisito del engaño previo, sino que constituyen una distracción de dinero.

La apropiación indebida es un delito contra el patrimonio (en ciertos países, delito contra la propiedad) consistente en el apoderamiento de bienes ajenos, con intención de lucrarse cuando esos bienes se encontraban legalmente en su posesión a través de otros títulos posesorios distintos de la propiedad. Como pueden ser el depósito, la comisión o la administración.

En algunas legislaciones, también comete apropiación indebida quien se apropia de una cosa perdida o de dueño desconocido. Si bien se suele requerir en este caso que el valor de lo apropiado supere una cierta cantidad (debe tener un valor económico importante, que demuestre que no se trata de algo abandonado, sino simplemente extraviado). También entra en esta clasificación la persona que recibe algo por error del transmitente y posteriormente niegue su recepción o no proceda a su devolución.

La apropiación indebida se diferencia del robo y del hurto por la forma en la que se comete el delito cuando entra a tomar posesión de los bienes. La posesión es en un principio suya, de forma completamente legal (lo tiene en depósito o es el administrador), pero sustrae la cosa ilegalmente con posterioridad, y aprovechándose de la situación jurídica existente.

En ocasiones se agrupa la apropiación indebida dentro del mismo grupo que las estafas.

En España los artículos 252 a 254 del Código Penal regulan la apropiación indebida. La pena es la misma que para la estafa salvo para quien: "se apropia

de algo extraviado o recibido por error y de valor mayor de 400 €, en cuyo caso la pena es menor y normalmente no acarrea prisión."

El art. 248 del Código Penal, que inicia la regulación sobre las estafas, dentro de las defraudaciones, indica: "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". En su segundo párrafo, sigue diciendo este art.: "También se considerarán reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial, en perjuicio de tercero".

Comete un delito de apropiación indebida la persona que se apropia, oculta o niega haber recibido aquellos bienes muebles (dinero, valores...) que tenía obligación de devolver y que se le entregaron en virtud de un contrato de comisión, depósito o administración.

Entre la estafa y la apropiación indebida, la diferencia que presenta es que en la apropiación indebida hay abuso de confianza, no engaño.

La diferencia existente entre la estafa y la apropiación indebida, y la que presenta un mayor número de problemas prácticos es que en la apropiación indebida hay abuso de confianza, no engaño, se dice.

Para la jurisprudencia, se ha determinado que no hay estafa en la conducta del director de una sucursal bancaria que, conocedor de la falsedad de los datos entregados por el peticionario de un crédito, abusó de la confianza que el banco tenía depositada en él para otorgarle un crédito por importe superior al que estaba autorizado.

La estafa requiere necesariamente la existencia de dos personas contrapuestas: el sujeto activo que es el realizador del engaño, y el sujeto pasivo que es quien sufre el engaño; y viciada su voluntad, realiza un desplazamiento patrimonial a favor del sujeto activo, con el consiguiente perjuicio, propio o ajeno.

El banco, por tanto, en el mencionado ejemplo, no actúa por el delito de estafa, sino por el de apropiación indebida, basándose este razonamiento en que en la estafa el culpable recibe la cosa mediante el engaño que originó o aprovechó, mientras que en la apropiación indebida el culpable se apropia de lo que le fue entregado sin engaño alguno.

Otra cosa es que en el referido supuesto el peticionario del préstamo no tuviera la lógica responsabilidad penal, no como autor, pero si considerándose como tal, por ser cooperador necesario en la realización de esta conducta delictiva.

Nos encontramos ante figuras jurídicas distintas, con una evidente relación entre ellas, que hace que sea dificultoso distinguirlas en diversas ocasiones. En cualquier caso, y como se ha indicado previamente, la respuesta penal para ambos tipos delictivos es la misma.

Con diversos ejemplos jurisprudenciales nos referiremos a un importante apartado del tipo, cual es la conducta de la víctima, desde la idea de que el ordenamiento penal no defiende supuestos de engaño burdos, sino que, al contrario, se requiere de una conducta previsora de la víctima, y más cuando ésta es una persona jurídica y de su situación en el mercado se deduce un mayor grado de diligencia.

Del ejemplo se deduce que el engaño no fue bastante y hubo un defecto en la diligencia de la entidad bancaria, consistente en la falta de comprobación de la existencia y titularidad de los bienes incluidos en la declaración de bienes presentada al banco para conseguir un crédito.

En la referida sentencia se utiliza una conocida frase de Groizard: *“una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las que pueden llegar a ser las causas de la defraudación, en estos casos el perjuicio no puede reputarse como efecto del engaño, sino del censurable abandono a la falta de diligencia debida”*.

El incumplimiento por parte del deudor no constituye más que un ilícito civil, y no uno penal; por cuanto el deber de diligencia correspondía no a la entidad bancaria, sino a la aseguradora, que no tasó los bienes asegurados, siendo lo cierto que dicha entidad disponía de experto plantel de peritos.

El denominado delito continuado es fundamental en este apartado, para lo cual sólo se requiere de un aprovechamiento de idéntica ocasión o un plan preconcebido por parte del autor, por lo que la estafa prescribirá desde que se inteligenció el sujeto pasivo del engaño, esto es desde la presentación de la denuncia.

Se da frecuentemente en el ámbito del abuso en el uso de las tarjetas de crédito, por encima del límite acordado entre las partes. Aquí hay que distinguir dos supuestos:

- 1) El que la tarjeta sea del titular o se obre con consentimiento de éste;
- 2) Que se sustraigan al titular y se simule su firma, en cuyo caso da lugar a concurso con el delito de falsedad.

A su vez, cuando la apropiación indebida provenga del titular de la tarjeta de crédito, existen otros tres supuestos que según la doctrina son:

- a) Uso de tarjeta de crédito por encima del límite crediticio concedido.
- b) Uso de tarjeta cancelada o caducada.
- c) Engaño en la concesión de tarjetas.

Distinto es el supuesto de la utilización de tarjetas de crédito del titular, simulando su firma y previamente sustraídas a éste, lo que da lugar a concurso con la falsedad.

Entrando ya en el casuismo de las estafas bancarias es destacable el denominado timo del nazareno, en donde el sujeto activo finge una solvencia de la que carece, generalmente simulando la existencia de una empresa que actúa solamente de forma nominal en el mercado, y adquiere mercancías de los proveedores que paga a plazos, mediante efectos cambiarios, generalmente la aceptación de letras de cambio, sin la menor intención de atender los sucesivos vencimientos; en estas condiciones obtiene dinero en efectivo y, por tanto, se lucra ilícitamente.

De esta forma, estas defraudaciones, en sus apartados más desarrollados, lo que es muy factible en las estafas bancarias, pueden conllevar delitos de falsificación, tanto en documentos públicos, oficiales, mercantiles o privados, lo que provoca un agravamiento de la responsabilidad penal existente.

La falsedad de documentos es, por tanto, en la mayoría de los casos, el instrumento para inducir al engaño, por lo que se colige que la falsedad documental pública, oficial o mercantil es compatible con el delito de estafa, mediante el criterio del concurso de delitos, con lo cual la solución consiste en aplicar la pena más grave para la infracción más grave.

La solución es distinta si la falsedad se ha cometido en documento privado, en cuyo caso se entiende que el delito de estafa es ley especial frente a la falsedad de documento privado, con lo cual, y en virtud del Código Penal, se aplica tan sólo la pena del delito especial, en este caso, la del delito de estafa.

Ello es debido a que el documento privado tan sólo afecta a las partes y a sus causahabientes, mientras que el público hace prueba frente a terceros, lo que

implica un mayor desvalor de la acción y un bien jurídico protegido distinto; en las estafas el patrimonio, y en las falsedades la confianza social.

Respecto al documento mercantil, de él no se hace mención en el Código Civil, sino en el Mercantil. A estos efectos, cabe tan sólo indicar que su situación se equipara a la de la documental pública en el ámbito penal.

3.1.3 DIFERENCIAS OBJETIVAS DE LA ESTAFA CON LA APROPIACION INDEBIDA

Ya en lo que respecta a la responsabilidad civil y a la posible devolución del importe, esta situación tan sólo enerva la acción civil y en ningún caso a la acción penal que sigue su curso, y más teniendo en cuenta que la estafa es un delito perseguible de oficio.

Cosa distinta es como afecta esta nueva situación a la responsabilidad civil “ex delicto”, responsabilidad civil que comprende, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios que en su caso, pudieran haberse ocasionado.

Esta acción puede reservarse para un posterior procedimiento civil, pero en la práctica se utiliza el criterio de que esta acción se ejercite también ante la jurisdicción penal, ya que, además de los lógicos problemas temporales que presenta el inicio posterior a la finalización del procedimiento penal, se añade otro referente a la propia intervención del Ministerio Fiscal, debe entablar la acción civil conjuntamente con la penal, salvo que el perjudicado la hubiere reservado o hubiera renunciado expresamente a ella, pero que no actúa en el posterior civil.

Ya en lo que respecta a la jurisprudencia civil, la entidad bancaria está obligada a mantener una actitud diligente respecto al pago de cheques y debe verificar que el título esté correctamente firmado por el librador, respondiendo en caso de conducta negligente por responsabilidad contractual.

Serán los tribunales los encargados de moderar la responsabilidad del banco y reclamar en proporción su obligación rescisoria, mediante el reparto del daño con el titular de la cuenta.

En el delito de apropiación indebida, se pueden enumerar los siguientes aspectos objetivos que le diferencian de la estafa y que son:

1. No existe engaño previo
2. Hay abuso de confianza.
3. En la apropiación indebida, la posesión de la cosa es originariamente lícita y después surge el ánimo de apropiación ilícita.
4. Recae sobre bienes muebles.
5. Conforme al Art. 190º del Código Penal Peruano:

“El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado..”

Los elementos objetivos que diferencian a la estafa de la apropiación indebida son los siguientes:

1. En la estafa el engaño es esencial.
2. Hay engaño, concomitante con la entrega del bien.
3. En el delito de estafa la constitución de la posesión va precedida desde el primer momento por una conducta engañosa que precisamente es el origen o la causa de esa constitución; con lo que la posesión es desde ese momento ilícita.
4. Recae sobre bienes muebles o inmuebles.
5. Conforme al Art. 196º del Código Penal Peruano:

“El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta...”

3.1.4 SEMEJANZAS CONCEPTUALES ENTRE ESTAFA Y APROPIACION INDEBIDA

La plena sustantividad y autonomía de esta figura, distinguiéndola de sus más afines -el hurto y la estafa-, es un logro de la doctrina y del Derecho positivo italiano del siglo XIX. En 1882 Carrara define este delito, bajo el nombre de truffa, como “la dolosa apropiación de una cosa ajena entregada por el dueño, por un título no traslativo de dominio o para un uso determinado”.³³

Poco después, en 1889, el código Zanardelli emplea por vez primera la denominación actual de appropriazione indebita.

El presupuesto básico de esta infracción es la previa posesión de la cosa por parte del autor; en virtud de un título no traslativo de dominio que genere obligación de restituir o entregar.

La diferencia de este delito con el de hurto viene dada precisamente por esta previa posesión de la cosa, y se distingue asimismo del de estafa por la ausencia de engaño, elemento esencial en esta última.

El delito de apropiación indebida, se consuma al exteriorizarse el ánimo de lucro, móvil específico del delincuente, que se evidencia cuando se manifiesta el propósito de hacer propia la cosa para obtener algún enriquecimiento patrimonial, ventaja o simple satisfacción.

El bien jurídico tutelado, en este caso, es inequívocamente la propiedad como tal, considerada aisladamente de la posesión. El objeto material del delito son las cosas muebles en sentido amplio (dinero, efectos, semovientes; etc.).

No obstante, la doctrina excluye generalmente del objeto de esta infracción las energías (electricidad, gas, etc.), y las refiere más al hurto o a la estafa. Únicamente puede ser sujeto activo quien detente la titularidad posesoria que caracteriza a esta figura. Es sujeto pasivo cualquier persona física o jurídica propietaria del bien apropiado.

En el sentido antedicho, la apropiación indebida se recoge y tipifica en el vigente Código Penal italiano (art. 647), así como en los Códigos Penales de España (art. 535), Uruguay (art. 531), Panamá (artículo 367), Perú (art. 240), etc. El Código Penal francés (art. 408) sanciona este delito bajo el nombre de

³³ CARRARA, Francesco, Derecho Penal, Tomo I, Editorial Oxford, Edición 1999

abus de confiance entre los delitos de estafa, y no sólo circunscribe su ámbito a la protección de la propiedad, sino que puede perpetrarse contra situaciones de posesión y aun de simple detentación; su ejemplo ha sido seguido entre otros por los Códigos Penales de Portugal (art. 453), Bélgica (artículo 491), Colombia (art. 412), Bolivia (art.649), etc.

El Derecho alemán amplía el contenido del tipo a conductas de infidelidades dañosas por parte de personas vinculadas por cualquier título al propietario, sistema seguido también en Hungría, Suecia, Grecia, etc.

El art. 563 del Código Penal define la estafa señalando que el engaño del estafador dirigido a su víctima provoca que ésta, por error, realice un acto de disposición patrimonial que le perjudica o que perjudica a un tercero.

La única excepción se observa en la llamada estafa procesal donde el sujeto engañado es el órgano jurisdiccional, aun cuando el perjudicado es otro, siendo el juez inducido a dictar una resolución errónea que perjudica los intereses económicos de la otra parte o de un tercero, con menoscabo del correcto funcionamiento de la administración de justicia.

La estafa viene siempre configurada por medio de tres requisitos constituyentes, que son el engaño, el ánimo de lucro y el perjuicio.

1. La estafa configura el engaño como una maniobra fraudulenta por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado, haciéndole creer y aceptar lo que no es verdadero.

Ese engaño constituye el núcleo fundamental de la estafa y se condensa en la acción, en la actividad o en los hechos que el sujeto activo ejecuta conforme al plan preconcebido y supone una falta de verdad suficiente y bastante para producir el error como conocimiento viciado de la realidad.

2. El ánimo de lucro, verdadero elemento subjetivo del injusto, constituye la característica determinante del dolo específico con que se procedió por el agente, como deseo, meta, logro o intención para obtener un lucro, un beneficio patrimonial, una ganancia evaluable económicamente, precisada de manera cierta, exacta y conocida. Este ánimo de lucro va empapado en ese dolo intencional que se desenvuelve con conciencia y voluntad de engañar, naturalmente simultáneo a la propia mentira.

3. A través de la consiguiente relación causal, el engaño propiciado con la intención acabada de describir, va encaminado a la producción de un perjuicio, propio o de terceras personas, como disminución del patrimonio, tras la obligada comparación de la situación del sujeto pasivo, antes y después del acto de disposición determinado por el error.

El art. 560 del Código Penal define la apropiación indebida como el acto por el que el agente se apropia o distrae dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que haya recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos; o niega haberlos recibido.

El delito de apropiación indebida se caracteriza por la transformación que el sujeto activo hace, al convertir el título inicialmente legítimo y lícito, por el que recibe dinero, efectos u otras cosas muebles, en una titularidad ilegítima, cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó la entrega inicial de los objetos.

Cronológicamente hay dos fases en el iter criminis:

- a) Una lícita, cuando se recibe válidamente la cosa o dinero;
- b) Cuando se produce el apoderamiento o distracción de la misma con perjuicio de tercero y con ánimo de hacer propio lo que se tenía en posesión, que convierte en ilícita la conducta inicial.

El delito de apropiación indebida no se configura por el hecho de que existan obligaciones de entregar bienes muebles entre unas y otras personas con ocasión de la titularidad de propiedad que puedan tener unos y otros. La acción de devolución propia y específica es la acción civil de restitución o "restitutoria"; es decir, el que alguien sea propietario de algo y otro lo posea sin su permiso no determina la figura específica prevista en el art. 560 del Código Penal.

La descripción literal de la acción que contiene el Art. 560 reside en que exista desde el mismo momento en que se recibe la posesión de lo que se discute una incuestionable y clara obligación de devolución.

3.2 CONCEPTO DE ENGAÑO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Se da un vistazo a los fallos anteriores a la década de 1970 y se exponen las tesis sostenidas por nuestros Tribunales en las dos últimas décadas.

a. Las tesis sostenidas en los fallos anteriores a la década de 1970

En aquellos días, nuestros altos Tribunales hicieron girar la figura de la estafa en torno del ardid o engaño, como el elemento caracterizador de ella. Consideraron asimismo, durante la primera década de este siglo, que la estafa nacía siempre y cuando el ardid o el engaño hubiere sido anterior a la entrega de la cosa, criterio que fue mantenido por más de sesenta años.

Al inicio de la década de 1950 fueron del criterio que para la configuración del delito de estafa era requisito indispensable la existencia de un engaño *manifiesto*.

b. Las principales tesis mantenidas en las décadas de 1970 y 1980

Se agrupan y se exponen las tesis de los fallos de las décadas de 1970 y 1980 en tema del engaño:

Tesis del ardid como engaño suficiente, capaz de mover al ofendido en error y revestido de ciertos elementos exteriores que refuercen la credulidad de aquél: Muchos fallos, en estas décadas, se inclinaron por la tesis según la cual, el ardid debe ser un engaño calificado y acompañado por elementos exteriores que acentúen la credulidad del ofendido.

Concibieron así el ardid, como todo astuto despliegue de medios engañosos, en contraposición con todas aquellas acciones que no trascienden los límites de la simple mentira.

En este mismo lineamiento conceptual, en el cual el ardid debe revestir cierta entidad aparatosa, no bastando por ende para constituirlo la simple mentira, muchos fallos acogieron la postura según la cual el delito de estafa no protege la ingenua credulidad de las personas, sino el perjuicio patrimonial causado por un ardid idóneo.

A la vez, en este mismo sentido, algunos fallos se inclinaron por la posición de considerar que: "... en estos casos, la ley no protege al incauto, al excesivamente confiado, al poco diligente o al ciudadano medio..."

También, en esta misma dimensión doctrinaria, ciertas resoluciones establecieron el criterio, según el cual el ardid no llega a existir en todos

aquellos casos en los que, en las respectivas negociaciones, los sujetos no tomaron las necesarias precauciones para evitarlo.

Otros por su parte, en este mismo universo de pensamiento, exigieron actuar con la ordinaria prudencia requerida en toda negociación; y, otros con la debida diligencia en el examen del objeto por comprar o con el necesario estudio constataador en el Registro Nacional.

La tesis que consideró las condiciones personales del ofendido en la existencia o eficacia del ardid:

Esta tesis viene a ser la contrapartida de la tesis anterior. Aparece por primera vez en la historia de nuestros Tribunales en el año de 1981 en los siguientes términos: "Para los efectos del delito de estafa, la eficacia del engaño tiene que considerarse atendiendo a las condiciones personales del ofendido; por ello no impide la calificación de un hecho como estafa, la credulidad, acaso excesiva de la víctima, ni que el fraude ideado sea burdo..."

Dos años después, otro Tribunal expresa el mismo criterio: "... para juzgar la existencia o idoneidad del ardid, no se puede prescindir de tomar en cuenta la calidad del engañado..."

Para el año de 1984, esta tesis que superaba aquella según la cual el engaño debía presentar tal entidad que en sí fuera apto para eludir la perspicacia de las personas más avisadas, es receptada en dos fallos de importancia por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: "... la eficacia del engaño tiene que analizarse en cada caso concreto, atendiendo las condiciones personales del ofendido, relativas a inteligencia, cultura y educación."

En el año de 1985 un Tribunal consideró que en los casos de estelionato "... al igual que en otros muchos de comisión por omisión, existe el deber positivo de decir verdad y el silencio es suficiente para constituir ardid..."

c. La posición asumida por nuestros tribunales, luego de la reforma legislativa de 1988

Un germen embrionario se venía gestando para el cambio. En 1987, la Sala Tercera, había mantenido la posición que en relación con el ardid "...no se trataba de todo un despliegue malicioso, sino tan solo de aquel que en el caso concreto y de acuerdo con sus especiales circunstancias indujo en error al sujeto pasivo con perjuicio patrimonial. Si para ello bastó una mentira, el medio

empleado fue idóneo para inducir en error y obtener así un provecho patrimonial."

Tras la reforma de 1988, la Sala Tercera, adhiriéndose a los fallos anteriores y con fundamento en la doctrina italiana y argentina, estableció el criterio, por el cual el engaño, visto como simple mentira, es suficiente si induce en error al ofendido; resultando por tanto, inútil distinguir entre artificio tosco y rudo y artificio sutil; y, siendo, a su vez, irrelevante analizar si la ignorancia o ligereza de aquél haya facilitado o no el error.

3.3 CONCLUSIONES

Con la reforma de 1988 el concepto de engaño fue circunscrito detalladamente por los elementos normativos *simulación de hechos falsos o la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos*.

Se buscó un contenido objetivo para separar el ámbito penal de lo que es la estafa de todos aquellos otros fraudes que no lo son; se aumentó, además, la cobertura de los alcances del contenido del tipo hacia fraudes que antes escapan de su capacidad de punición.

Se facilitó para el mundo forense la prueba procesal del engaño, por consecuencia de perder todos los contornos aparatosos con que lo revistió nuestra jurisprudencia, influenciada por los tratadistas extranjeros, comentadores de legislaciones de inspiración italiana o francesa.

A partir del año de 1981, nuestros Tribunales dan un giro de importancia en la concepción del engaño. Lenta y tímidamente empiezan a apartarse de las arraigadas tesis, tantas veces sacralizadas.

Para 1984 la Sala Tercera consagra por principio el atender a las condiciones personales del ofendido para analizar en ellas contextualizada mente la eficacia del ardid.

En 1987, la Sala Tercera, establece el concepto de la simple mentira como engaño idóneo, la cual se perfecciona en el año 1990.

En la actualidad, y luego de más de cinco años de haberse operado la reforma del artículo 216 del Código Penal, muchos de nuestros Tribunales parecen no haber advertido el cambio radical que experimentó el precepto o incriminación del tipo de la estafa, como previsión abstracta del hecho punible, en tema del engaño.

CAPITULO IV

4.1 MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA PENAL APLICABLES A LA ESTAFA Y A LA APROPIACION INDEBIDA

La prueba en el derecho penal, considerada desde una óptica técnicamente más estricta, presenta cuatro aspectos que pueden ser analizados por separado, aun cuando el léxico jurídico ordinario no siempre los distinga con precisión:

1. El elemento de prueba
2. El órgano de prueba
3. El medio de prueba
4. El objeto de la prueba
- 5.

4.1.1 ELEMENTO DE PRUEBA

Es la prueba propiamente dicha, como dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.

La prueba para que tenga validez dentro del proceso penal, además de ser pedida, reproducida y actuada dentro de la etapa de juicio, tiene características de fondo que la diferencian de las demás ramas del derecho y que se encuentran establecidas dentro de nuestro Código de Procedimiento Penal desde el Art. 83 hasta el Art. 90 y que son:

4.1.1.1 LA OBJETIVIDAD DE LA PRUEBA

La prueba debe contener un dato propio del mundo exterior, el mismo que le debe servir al proceso y no ser un mero fruto del conocimiento privado del juez; conocimiento éste carente de acreditación objetiva.

La prueba debe tener una trayectoria para ser incorporada al proceso de adentro hacia afuera, debe cumplirse de tal modo que ésta pueda ser controlada por las partes procesales.

4.1.1.2 LA LEGALIDAD DE LA PRUEBA

La prueba debe tener como elemento sustancial para su validez la legalidad, la misma que será presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido.

La prueba puede ser ilegal cuando se originan dos motivos que son: su obtención irregular o su incorporación irregular.

4.1.1.3 OBTENCIÓN ILEGAL DE LA PRUEBA

La legislación ecuatoriana tutela las garantías individuales, las que están reconocidas constitucionalmente y que se encuentran en el denominado *debido proceso*, el mismo que se encuentra normado en el artículo 24 del Título III del Capítulo segundo; y especialmente en el numeral 14 que textualmente dice:

“...14. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna...”

La garantía constitucional antes anotada, exige que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ella sea considerado ilegal y carezca de valor para fundar la convicción del juez.

En el orden jurídico vigente, existe la prohibición de utilizar ciertos métodos y mecanismos para la obtención de pruebas. Quedan proscritas todas las formas de coacción directa, física o psíquica sobre las personas que puedan ser forzadas a proporcionar aportes probatorios dentro del proceso penal.

Tal es así que es ilegítimo suministrar a un testigo las llamadas drogas de la verdad (inhibitorios) con el fin de obligar a declarar lo que no quiere.

El tratadista Ramón Ríos en su obra “El allanamiento ilegal como causa de nulidad del procedimiento penal”, considera que *“entre las últimas pruebas y las específicamente conminadas con nulidad, no hay dependencia procesal, tratándose de una simple DERIVACIÓN CAUSAL meramente ficta.”*

Este tipo de relación ha sido considerada como idónea para difundir los efectos de la nulidad del acto, específicamente conminado a una sola sanción, la cual se da a través del recurso de nulidad determinado legalmente en el Código de Procedimiento Penal.

La prueba lleva a proteger los intereses de las partes, que sin lugar a dudas es el descubrimiento de la verdad de los hechos. Tal sucede, que el mismo Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en aras de la cohesión familiar prohíbe que se declare en calidad de testigos los ascendientes, descendientes y el cónyuge del imputado, siempre y cuando esta declaración se la haga en su contra.

Por el imperio de las normas “imperium lex” la constitución protege al imputado por cuanto este no puede ser constreñido a producir pruebas contra su voluntad y menos aún declarase culpable sin un juicio previo.

4.1.2 ÓRGANO DE PRUEBA

Es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso.

Su función es la de intermediario entre la prueba y el juez (por eso, a este último no se lo considera órgano de prueba). El dato conviccional que transmite puede haberlo conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial (como es el caso del perito).

La ley regula su actuación al ocuparse de los medios de prueba, y admite la posibilidad de que intervengan como tales tanto aquellas personas sin interés en el proceso, como las interesadas en su resultado, sin perjuicio del especial cuidado que se debe guardar al *valorar* los aportes de estas últimas.

4.1.3 MEDIO DE PRUEBA

Es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso.

Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso, penetre en él para ser conocido por el tribunal y las partes, con respeto del derecho de defensa de éstas.

Con este ambivalente propósito, la ley establece separadamente los distintos medios de prueba que acepta, reglamentándolos en particular, a la vez que incluye normas de tipo general con sentido garantizador (las relacionadas con los actos definitivos e irreproducibles) o restrictivo (las referidas al secreto de la instrucción) de los derechos de los sujetos procesales privados.

4.1.4 OBJETO DE LA PRUEBA

Es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba.

El tema admite ser considerado en abstracto o en concreto. De forma abstracta se examinará qué es lo que *puede ser probado en cualquier proceso penal*. De manera concreta, se considerará qué es lo que se debe probar en un proceso determinado.

En sentido amplio, la prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente, que llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir para descubrir la verdad acerca de los hechos que se investigan y respecto de los que se pretende actuar.

La prueba penal de nuestros días puede caracterizarse por la utilización de las novedades técnicas y científicas, especialmente las captadas por la prueba pericial, para el descubrimiento y valoración de los datos probatorios, y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de sus resultados. Todo dentro de un marco de respeto a la persona del imputado y de reconocimiento a los derechos de todas las partes privadas.

La prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

La búsqueda de la verdad, fin inmediato del proceso penal, debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico sobre el cual aquel versa. La prueba es el único medio seguro de lograr esa reconstrucción, de un modo comprobable y demostrable.

Además conforme al sistema jurídico vigente, en las resoluciones judiciales sólo podrán administrarse como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas, lo que impide que aquellas sean fundadas en elementos puramente subjetivos.

Esto determina, por ejemplo, que la convicción de culpabilidad necesaria para condenar, únicamente puede derivarse de la prueba incorporada al proceso.

4.2 APLICACIÓN DE LA PRUEBA MATERIAL EN EL DELITO DE ESTAFA Y APROPIACION INDEBIDA

El Código de Procedimiento Penal en su Art. 89 ha distinguido como medios de prueba a las llamadas pruebas materiales, pruebas testimoniales, prueba documental y de reconocimiento

Las pruebas materiales consisten en los vestigios de la infracción tales como instrumentos recogidos y conservados para ser presentados en la etapa de juicio y valorados por los tribunales penales.

El artículo 106 del Código de Procedimiento Penal determina que es aplicable a todos los delitos contra la propiedad la prueba material; estableciendo como delitos contra la propiedad únicamente a tres que son el robo, hurto y abigeato.

En forma inexplicable el legislador comete un grave error al decir que se deberá justificar en el juicio tanto la preexistencia de la cosa sustraída o reclamada como el hecho de que se encontraba en el lugar donde se afirma que estuvo al momento de ser sustraída, y en forma exclusiva en el caso del abigeato se deberá probar la existencia del semoviente, los certificados de marcas y señales, inscritos oficialmente para identidad del ganado *“sin perjuicio de cumplir con lo ordenado en el inciso anterior”*.

La falta de explicación del legislador al crear una norma tan ambigua e incompleta, lleva a que muchos delitos contra la propiedad queden en la impunidad o a muchas personas se las juzgue utilizando medios de prueba “materiales” erróneos.

El derecho penal estricto sensu no acepta interpretación alguna; a diferencia de otras ramas del derecho que se caracterizan por la interpretación de las normas legales, situación está que deja un vacío legal susceptible a interpretaciones personales del indagador.

La prueba material consiste estrictamente en informes periciales, reconocimientos exteriores y autopsia de cadáveres, diligencias de investigación y fotografías, informes de expulsión o destrucción violenta del feto en caso de aborto, el tiempo del embarazo, el examen toxicológico cuando el delito se comete en muerte por envenenamiento, el diagnóstico médico en caso de lesiones y los delitos contra la propiedad.

Con lo antes mencionado, es importante establecer que ni la estafa ni la apropiación indebida están enmarcados dentro de este tipo de medios de prueba, porque no es prueba fehaciente y certera las fotografías del documento o instrumento con el que se cometió la estafa y menos aun siendo dos delitos netamente voluntarios, se puede probar justificando la existencia o el ánimo de apropiarse.

Hago esta aclaración porque del texto adjetivo penal se deduce que todos los delitos contra la propiedad, incluido la estafa y la apropiación indebida deben probarse únicamente con los mandatos del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal.

Con los antecedentes expuestos y la investigación realizada, se puede determinar que en la legislación ecuatoriana no existe un medio de prueba exclusivo para la estafa, la apropiación indebida, la extorsión, y otras defraudaciones, lo que produce diversos estados intelectuales en el juzgador respecto de la verdad histórica de los hechos.

El juzgador es el encargado de descubrir la verdad sobre una hipótesis delictiva, para lo cual no existe otra forma que la obtención, presentación y valoración de la prueba.

Con estos tres elementos, el juzgador toma convicción acerca del acontecimiento sometido a investigación. Al tener varios medios de prueba pertinentes para la obtención de la verdad del hecho histórico, el juzgador va generando estados de conocimiento dentro del proceso, mismos que tienen los siguientes alcances:

1. La Verdad

En derecho penal, la verdad persigue lo que sucedió históricamente, a diferencia del derecho civil que persigue los actos presentes y futuros de los contratantes, partes, intervinientes, causahabientes, cónyuges, etc.

Estos hechos históricamente ocurridos se denominan en la doctrina penal como “*verdad material*”. Si el primer estado de conocimiento del juzgador al apreciar las pruebas es la verdad, es necesario conceptualizar esa verdad.

La verdad es la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad; situación que una vez de estar en el primer nivel de verdad que es la material pasa a convertirse en una “*verdad real*” que le permite al juzgador dictar la correspondiente resolución.

2. La Certeza

En la certeza hay un silogismo en el cual está fundamentado como hipótesis la verdad, que si bien es cierto en un inicio estaba fuera del intelecto del juzgador, en este estado de conocimiento se inmiscuye dentro del criterio decisor.

Cuando la verdad se la percibe objetivamente y es firme, se produce una certeza intelectual, la cual se puede definir como una firme convicción de estar en posesión de una verdad.

La certeza puede tener doble proyección: una positiva que es cuando el juzgador tiene la firme creencia de que existe algo; y otra negativa que es cuando el juzgador tiene una firme creencia de que no existe.

Estas dos posiciones, es decir la certeza positiva y negativa no pueden ser nunca relativas en derecho penal y más bien son totalmente absolutas, excluyentes y razonadas.

El intelecto humano, para llegar a esos extremos debe superar obstáculos para alcanzar la certeza y va creando un camino de tránsito que va produciendo estados intelectuales intermedios, como son la duda, la probabilidad y la improbabilidad.

3. La Duda

Entre la certeza, sea esta positiva o negativa, se ubica la duda en sentido estricto, y es la indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto, sujeto, acto, o hecho sobre el cual se está pensando y deriva del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla o a negarla, siendo todos ellos atendibles en forma igual y equitativa.

Es la oscilación del intelecto llevado hacia el sí y hacia el no sin poder quedarse en ninguno de los extremos como para hacerlo salir de esta indecisión pendular.

4. La Probabilidad

El juez tiene probabilidades cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezcan inmutables, pero los positivos sean superiores en fuerza a los negativos, vale decir aquellos que sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para darle al juzgador un conocimiento.

Cuando los elementos negativos son superiores a los positivos, se dice que hay improbabilidad o doctrinariamente llamada probabilidad negativa.

Si el Código de Procedimiento Penal no proporciona los elementos probatorios exactos y necesarios para que el juez tenga el segundo estado de conocimiento en cualquier etapa del juicio penal, sería absurdo que se pretenda castigar un delito tipificado.

La falta de certeza conlleva legal y constitucionalmente al juzgador a aplicar el derecho de in dubio pro reo; en el cual las situaciones excluyentes de certeza benefician al imputado.

La duda en sentido lato sensu, al comenzar el proceso tiene poca importancia, pero va cobrándola a medida que avanza, aumentando el ámbito de su beneficio; vgr. ya no solo la improbabilidad, sino también la duda estricto sensu, lo que llevará al juzgador a tomar dos decisiones: impedir el procesamiento, esto es sobreseer al imputado o elevar a juicio, o dicho de otra forma, acusar, hasta llegar a la máxima expresión de su alcance al dictar una sentencia definitiva.

Esta sentencia definitiva, en la cual tanto la improbabilidad, la duda estricto sensu y aún la probabilidad, impedirán la condena del imputado.

En la etapa de juicio es donde se evidencia con toda su amplitud este principio, puesto que, como ya se vio, el sistema jurídico vigente requiere que el tribunal, para poder dictar una sentencia condenatoria, logre obtener de la prueba obtenida en juicio, LA CERTEZA de la culpabilidad del acusado. Si sigue en incertidumbre el juzgador, deberá ser absuelto el acusado, con lo que se establecería el principio in dubio pro reo.

Este principio nace de la máxima “toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad”, o llamado en el derecho francés “principio de inocencia”, consagrado en las constituciones de Argentina, España, Bélgica, Francia, Brasil y Ecuador porque proporciona la justificación político jurídica al procedimiento penal, pues solo en virtud de esta se puede admitir que la duda, en lugar de perjudicar al imputado, lo beneficie.

Es necesario preguntarnos el por qué la duda debe beneficiar al imputado. Porque goza de un estado jurídico de inocencia que no necesita ser construido, sino por el contrario a los órganos públicos predispuestos, les compete destruirlo, y acreditar acabadamente su culpabilidad.

Si estos fracasan y no logran probar fehacientemente la existencia del hecho y la participación del imputado, el estado de inocencia se mantiene, prevaleciendo sobre cualquier caudal probatorio.

Si no se consigue llegar a la certeza, corresponderá la absolución, no solo frente a la duda en estricto sensu, sino a la probabilidad sobre la responsabilidad del imputado.

En fallos de casación, se determina la siguiente hipótesis: cabe únicamente recurso de casación cuando se pueda verificar si la sentencia logró correctamente la certeza para condenar en virtud del control de la lógica jurídica y la motivación del fallo.

En caso de que no exista certeza en ninguna de las dos premisas, no corresponde la absolución del imputado, sino la ANULACION DEL FALLO y su reenvío para la realización de un nuevo juicio; es decir que existe nulidad de la sentencia sin reposición.

Este es un precepto de carácter procesal que funciona como causal de la casación dentro del área de valoración de la prueba, mismo que es exclusivamente de incumbencia de los tribunales de juicio en el ámbito penal y de sala especializada en el ámbito civil; por lo que en el ámbito penal la valoración de la prueba escapa del recurso de casación.

Para absolver a un imputado, no se necesita la convicción de que la acusación carece de fundamento, también tiene el mismo efecto la duda y la probabilidad; así como cuando la certeza se haya logrado violentando principios lógicos, vgr, el de la razón suficiente.

En la estafa y en la apropiación indebida, puede surgir una incorporación irregular de la prueba con dos fines: el primero para sobreseer al imputado y el segundo para sancionar al imputado; cualquiera de estas vician el valor probatorio de los indicios que permitan determinar la verdad histórica del delito que se acusa.

La incorporación irregular es el ingreso de datos probatorios en el proceso que se realizan y respetando el modo de hacerlo previsto en la ley, o en casos análogos el más aplicable al medio de prueba utilizado regularmente.

Cuando la ley impone una formalidad especial para la reproducción de la prueba, y que esté relacionada al derecho de defensa, la observancia de la prueba será una condición sine qua non para que la prueba que se obtenga pueda ser regularmente incorporado. Por ejemplo, si se trata de un acto irreproducible, se deberá notificar previamente a las partes a través de sus defensores.

Según la etapa del proceso, se impone una forma de recepción de la prueba determinada, vgr. Durante el juicio, los testigos rendirán sus testimonios en forma oral, y ella condiciona a la observancia de ciertos requisitos, vgr. las actas judiciales solo se podrán incorporar al debate si fueron labradas de conformidad con las normas procesales.

La inobservancia de cualquiera de las disposiciones antes mencionadas, impedirá utilizar el dato conviccional en la fundamentación de toda resolución, o solo de la sentencia definitiva.

Una de las características de la actividad probatoria en el proceso penal es la atribución a los órganos judiciales de un poder de investigación autónomo, que

en el Ecuador ejerce por ley el Ministerio Público a través de su cuerpo auxiliar denominado Policía Judicial.

La Fiscalía General y la Policía Judicial tienen la obligación de obtener las pruebas necesarias para el descubrimiento de la verdad real, pero en relación a hechos o circunstancias que interesen solo al ámbito de la pretensión civil, y el Fiscal o el Tribunal deberá limitarse a recibir las pruebas ofrecidas por las partes, careciendo de las atribuciones para producir prueba de oficio.

La máxima expresión de la investigación se presenta en la etapa instructiva, actualmente denominada instrucción fiscal, pero con un considerable y reducido derecho del investigador a reproducir pruebas, por cuanto en esta etapa únicamente se recogen vestigios e indicios, porque la etapa procesal en que se reproduce plenamente la prueba es en la etapa de juicio.

En esta etapa, la característica fundamental es que la Fiscalía General puede ordenar la práctica de ciertas diligencias de oficio, y sin condicionar la presentación de indicios a las partes; a diferencia de la etapa de juicio en la cual solo son útiles las diligencias y pruebas que permitan el descubrimiento de la verdad y las que taxativamente fueron enunciadas al sustanciar la etapa ante el Presidente del Tribunal Penal.

La potestad indagatoria es independiente de los hechos sobre los cuales son controvertidos por las partes. De este modo y por regla general, la aceptación que haga el imputado de su culpabilidad y participación en el delito, no obsta a que se busque la prueba al respecto.

4.3 VALIDEZ DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Por ser una consecuencia natural del uso de la palabra hablada como forma de comunicación entre los hombres, el testimonio es un medio de prueba “tan viejo como la humanidad”, siendo “el más antiguo junto con la confesión”.

La posterior aparición de nuevos tipos de prueba con pretensiones de mayor eficacia conviccional, no ha ocasionado una limitación sustancial en el uso del testimonio. Hoy en día, la prueba más común en los procesos penales sigue siendo la testimonial.

Se ha dicho que el fundamento probatorio del testimonio tiene “por base la experiencia, la cual muestra que el hombre por regla general, percibe y narra la verdad y sólo por excepción se engaña o miente”.

Pero esta afirmación ha sido contradicha, señalándose que “una tal presunción sería contraria a la realidad, ya que el hombre es instintivamente mendaz, no sólo cuando tiene directo interés de serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad pueda favorecer o perjudicar a otros”.

El testimonio es la declaración de una persona física recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por la sola percepción de sus sentidos, sobre los hechos que se investigan, con el propósito de contribuir a la reconstrucción total de estos.

Para que la prueba testimonial haga fe dentro del proceso penal, es necesario que se hagan las siguientes precisiones:

- 1 Que la persona que testifica tenga una existencia real, pues solo éstas tienen la capacidad de percibir y transmitir sus sensaciones. Diferencia con las personas jurídicas, las cuales se expresan por medio de sus representantes en cuyo caso estos serán los testigos y no las personas a quienes representan.
- 2 Quedan excluidos de aportar prueba testimonial el sospechoso de haber cometido el delito, cuya versión de los hechos nunca se podrá considerar como testimonio. Esta excepción queda excluida en los delitos del campo civil, y en derecho penal al que hace la víctima u ofendido.
- 3 La ley determina que el testimonio se deberá librar a través de orden de citación, sea que se pida de oficio, a petición de las partes o del Ministerio Público, sin que se acepte la posibilidad de que se acerque en forma voluntaria, exceptuando la versión del imputado.
- 4 El testigo al momento de declarar, realiza una manifestación de conocimiento, esto es, decir o explicar cierta cosa, particularmente alguna circunstancia o asunto que se mantenía en reserva u oculto. Por regla general lo hará oralmente respondiendo de viva voz al interrogatorio, salvo que tenga algún impedimento físico, situación en la cual se le brindará trato especial y preferencial.
- 5 La declaración debe producirse dentro del proceso penal. Las manifestaciones extrajudiciales no son testimonios, salvo que sean

ratificadas dentro del juicio. Si estas declaraciones de las hizo por escrito, podrán constituir únicamente prueba documental.

- 6 El testigo únicamente declarará sobre los hechos que conoce, bajo juramento y advirtiéndole sobre las penas del perjurio y el falso testimonio en caso de incurrir en la falsedad de sus declaraciones. El conocimiento que hacen los testigos debe referirse únicamente a dos hechos: al hecho delictivo, a las circunstancias agravantes, atenuantes, justificativas o inimputables, y al daño ocasionado; y, a los posibles autores, cómplices, encubridores o instigadores del delito, a las circunstancias sociales de estos y a los motivos que le llevaron a delinquir.
- 7 La declaración podrá versar sobre otros hechos de interés para la investigación, como por ejemplo, si para controlar la veracidad de otro testigo se interroga al declarante sobre las relaciones de aquel con el imputado.
- 8 El conocimiento que puede tener el testigo sobre los hechos investigados, lo deberá haber adquirido antes de ser llamado a testificar y únicamente por percepción sensorial. En cambio, si previo encargo judicial refiere conclusiones a las cuales ha llegado por sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos, no se tratará propiamente de un testigo, sino más bien de un perito.
- 9 Se admite sin embargo, opiniones o conclusiones que completen la narración de sus percepciones o inherentes a estas, o que constituyan juicios de comparación. Si tales opiniones o conclusiones fuesen fruto de conocimientos especiales, se estará frente a un testigo calificado o llamado también testigo – perito.
- 10 Al testigo se lo escucha porque de él se espera obtener algún dato para descubrir la verdad, o mejor llamado como reconstrucción conceptual. Esta finalidad probatoria no perderá su condición por el mero hecho de que el declarante no aporte ningún dato.

Para ser testigo se requiere ser una persona física y con capacidad legal general. En derecho penal no hay exclusión de ninguna persona física como testigo, su credibilidad solo será motivo de valoración luego de dar su testimonio.

Son totalmente incapaces de testificar los menores de edad, los sordomudos, que no sepan leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los dementes. El ofendido o damnificado tiene capacidad testifical aun cuando se haya constituido en actor civil.

En la querrela, el querellante podrá ser interrogado, pero no se lo tomará con juramento, salvo que como este goza de las garantías del derecho de acción, solo se podrá recibir su declaración si él así lo consciente.

4.4 VALORACION DE LA PRUEBA

Otro principio que forma parte del sistema de prueba vigente en el proceso penal español actual, es el principio de libre valoración. Por tanto, en el Derecho procesal penal español actual, no existe un sistema de prueba legal, vigente durante mucho tiempo en el marco del proceso inquisitivo, en el que sólo determinadas pruebas servían para demostrar la verdad de los hechos imputados, señalándose además el valor de cada una de ellas (prueba tasada). Por supuesto, en el sistema inquisitivo la prueba perfecta era la confesión del acusado, y si ésta no se producía espontáneamente, la mera existencia de indicios contra un sospechoso permitía al Juez su sometimiento a tortura ad eruendam veritatem; no es difícil imaginar que los reos, ante la impresión que sin duda les produciría el potro y demás instrumentos de tormento, confesaran todo cuanto se les pidiera, siendo entonces declarados reos confesos.

En el sistema actual de libre valoración, apoyado en España en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ³⁴, a diferencia del sistema anterior, el Juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba; puede convencerse por lo que le diga un único testigo, frente a lo que digan varios.

Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba no significa, como lo ha venido entendiendo el Tribunal Supremo española durante mucho tiempo, que el Tribunal tenga una facultad “libérrima y omnímoda”, sin limitaciones, con total

³⁴ También en Alemania está reconocido expresamente el principio de libre valoración (freie Beweiswürdigung) en el § 261 StPO, que dispone que “sobre el resultado de la práctica de las pruebas decidirá el Tribunal, según su libre convencimiento formado de la totalidad de la vista”.

irrevisabilidad de la convicción del órgano a quo respecto de los hechos probados.³⁵

El principio de libre valoración de la prueba significa que el Juez debe apreciar las percepciones durante el juicio “según las reglas del criterio racional” (art. 717 LECrim.)³⁶, es decir, según las reglas de la lógica, y, dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia.

Un correcto entendimiento del principio de libre valoración exige distinguir dos momentos diferentes en el acto de valoración de la prueba:

- a) El que depende de la inmediación, de la percepción directa de la prueba, como las declaraciones testificales, de los peritos y del acusado;
- b) Y el momento en que hay que darle el necesario soporte racional al juicio que se realice sobre dicha prueba, en el que el art. 717 tiene un carácter general, a pesar de querer referirse sólo a declaraciones de autoridades y funcionarios de policía judicial, pues no tendría sentido limitar la racionalidad a una especie de prueba, excluyéndola de las demás.

El primer aspecto del juicio sobre la prueba (aspecto subjetivo) no es controlable, ni en apelación, ni en casación, ni en amparo, pero no porque la convicción del Tribunal tenga un carácter “libérrimo y omnímodo”, sino porque, sencillamente, sería imposible entrar a enjuiciar el sentido íntimo que el juzgador le ha dado a una determinada actitud; por ejemplo, a las manifestaciones ante él realizadas por un testigo o por un perito.

Sólo el Tribunal que los ha visto y oído puede realmente apreciar la prueba “en conciencia” (art. 741 de la LECrim.), su credibilidad. El propio Tribunal Constitucional español ha afirmado en reiteradas ocasiones que su jurisdicción no se extiende al enjuiciamiento del proceso mental de los Tribunales de instancia respecto de su convicción³⁷; por consiguiente, es perfectamente posible que el Tribunal, por ejemplo, crea en lo declarado por el acusado, frente

³⁵ Cfr., en este sentido, SSTS de 10-2-1978 y 11-10-1978.

³⁶ Cfr., en este sentido, SSTS de 19-1-1988 y 21-1-1988.

³⁷ Cfr., por ej., SSTC 126/1986 y 177/1987.

a lo dicho por un testigo de cargo bajo juramento, siempre que aquella declaración sea convincente.

Ahora bien, lo anterior no significa que el principio de libre valoración de la prueba no tenga límites. Precisamente, el segundo aspecto del juicio sobre la prueba (aspecto objetivo) vincula al Juez/Tribunal a las leyes de la lógica, de la experiencia y a los conocimientos científicos, luego este aspecto de la prueba sí representa una materia controlable en las distintas instancias, incluso en amparo, pues se trata de aplicar correctamente el art. 741 LECrim., de acuerdo con las necesarias exigencias de racionalidad, esto es, de acuerdo con las exigencias que derivan de los arts. 24.2 (derecho a la presunción de inocencia) y 120.3 de la Constitución (motivación de las sentencias), sin olvidar que en el art. 9.3 “la Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, entre los que se encuentran, evidentemente, los órganos jurisdiccionales.

En definitiva, esta parte objetiva del acto de valoración de la prueba sí puede ser controlada, a fin de salvaguardar en todo caso la supremacía de la Constitución. Con razón dice Roxin que las infracciones de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia común o de los conocimientos científicos constituyen auténticas infracciones de ley en sentido estricto; el hecho de que no se trate de una ley positiva no implica obstáculo para esta concepción, puesto que las infracciones de ley pueden serlo también de normas jurídicas no escritas³⁸.

El Tribunal Supremo español ha entrado ya en distintas ocasiones en el control del aspecto racional del juicio de valoración del órgano de instancia, estimando el motivo de casación basado en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Así, por ejemplo, en el caso resuelto en su Sentencia de 21 de enero de 1988, en el que la Audiencia había contado con una prueba testifical de la que se desprendía que el recurrente había tenido en su poder los objetos provenientes de una sustracción, y de la que dedujo la autoría del delito de robo por parte de aquél, por el que lo condenó, el Tribunal Supremo entendió que de esa prueba

³⁸ Roxin, Strafverfahrensrecht, Edición 25.

no se podía deducir racionalmente que el recurrente se hubiera apoderado de las cosas ejerciendo fuerza, elementos del tipo penal de robo con fuerza en las cosas aplicado, añadiendo que “en los casos en que los testigos no proporcionan una prueba directa sobre los hechos que fundamentan la acusación, o ésta no es unívoca, la convicción del Tribunal de Instancia se debe formar sobre la base de una deducción ajustada al criterio racional o, lo que es lo mismo, a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia”.

Con relación al caso concreto que examina esta Sentencia, el Tribunal Supremo estimó que tanto la lógica como la experiencia impedían extraer la conclusión a la que había llegado la Audiencia, pues de una premisa que sólo expresaba que el acusado vendió las cosas a otro, no se podía deducir que, además, las había obtenido forzando la puerta y fracturando la luna de la entrada del establecimiento en que tuvo lugar el robo, y, de otro lado, la experiencia indica que aquél podía haberlas obtenido por recibirlas de otro, sin necesidad de haber cometido por sí mismo el robo, a lo que añadía la Sentencia del Tribunal Supremo que “entre todas las hipótesis imaginables que pueden fundarse en la prueba de esta causa, no cabe duda que la del robo cometido por el acusado no sólo es una más, sino la más perjudicial para él, y no aparece sostenida por ninguna razón que le otorgue preferencia sobre las otras”, y que cuando los mismos hechos probados permiten diversas conclusiones o interpretaciones, el Tribunal debe razonar por qué elige la que estima probada, esto es, la condenatoria, concluyendo afirmando el Tribunal Supremo que ese razonamiento es controlable en casación, “en lo que se refiere a su corrección lógica y a su concordancia con los principios de la experiencia, pues este aspecto de la determinación de los hechos probados no depende, como ocurre con la convicción de la veracidad o mendacidad del testigo, de la percepción inmediata y de la oralidad del juicio”.

Otra cuestión, muy controvertida, es la de los límites de la jurisdicción constitucional y los de la jurisdicción ordinaria, en particular del Tribunal Supremo (arts. 117 y 161 de la Constitución). ¿Puede el Tribunal Constitucional entrar en el examen de la valoración de la prueba?

Desde sus primeras Sentencias, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que no puede ejercer control alguno sobre el valor de la actividad probatoria,

porque la valoración de la prueba es de la exclusiva competencia del Tribunal llamado a fallar sobre los hechos del proceso.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha venido relativizando en su más reciente jurisprudencia aquel criterio, señalando, por ejemplo, en su STC 42/1999, que su control se limita a verificar si la actividad probatoria se ha realizado con las garantías necesarias para su valoración, a la constatación de que el órgano judicial motiva su convicción y también “al control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a la conclusión, es decir, al examen del carácter razonable y suficientemente sólido del nexo lógico establecido por el Tribunal”; y en la STC 111/1999 hace hincapié en que la valoración probatoria se someta a las reglas de la lógica y de la experiencia, así como a la obligación de motivar o razonar el resultado de la valoración probatoria.

El problema de los límites entre una y otra jurisdicción no se plantea sólo en materia de prueba; también se plantea en otras cuestiones (!). Porque, ¿cuándo una decisión judicial constituye un acto de ejercicio de potestad jurisdiccional que no afecta un derecho fundamental?

Dicho con un ejemplo que se plantea con relativa frecuencia en los Tribunales penales: ¿en qué momento la interpretación de una ley penal queda fuera del texto legal y vulnera el principio de legalidad, siendo entonces competencia del Tribunal Constitucional? y ¿hasta dónde entra la interpretación dentro de los límites, siempre imprecisos, del texto, competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria?³⁹ La respuesta no es fácil, por la jurisdicción constitucional y por el poder judicial”, Revista Canaria de Ciencias Penales, núm. 1/1998 (julio), p. 31.

³⁹ Cfr. al respecto Bacigalupo, “La protección de los derechos fundamentales”

4.5 ASPECTOS GENERALES

Las evidencias tangibles o físicas deben proveer al juez el conocimiento o comprensión que no tenía antes de recibirlas y examinarlas. En otras palabras, deben ayudarlo a resolver alguna controversia dentro del proceso. Deben ser conducentes.

Hay dos tipos de prueba física: la demostrativa o real y la material. Ejemplos de la primera serían croquis, mapas, diagramas, fotografías y representaciones gráficas. Ejemplos de la segunda categoría serían los objetos físicos en sí relacionados directamente con los hechos, por ejemplo la pistola del caso Pastrana, o los efectos supuestamente robados en el caso Vives. En el caso de la primera categoría, el que solicita su incorporación debe demostrar su pertinencia y autenticidad. Debe demostrar, por medio de uno o más testigos, que tiene algún propósito en el proceso, que ayuda a resolver o explicar la prueba y que es una adecuada representación de lo que pretende representar. Por ejemplo, pedir que un testigo lego haga un diagrama de la escena de alguno evento de pertinencia representando con marcas la relativa posición de personas u objetos, le puede ayudar al juez a entender mejor su testimonio.

Como presupuesto o fundamento para su incorporación, también hay que demostrar su pertinencia pero, además, hay que demostrar su autenticidad. Si es un objeto único que el testigo puede reconocer por alguna característica especial, por ejemplo una pieza de joyería hecha a mano con señas únicas, a lo mejor no hay problema, pero si es algo común que comparte las mismas características de miles de otros, digamos un machete o un bulto de marihuana, hay que demostrar su origen y su procedencia por medio de la cadena de custodia.

El problema con las pruebas físicas que son conducentes por su relación directa con algún hecho pertinente, es que cuando carecen de características que los hacen inconfundibles al testigo, no podemos estar seguros que es el mismo objeto, o que no haya sido alterado a tal grado que ya no es el mismo. En sendas situaciones la prueba no es pertinente y por tanto el juez está obligado a rechazarla.

El problema se resuelve para el juez por medio del establecimiento de la cadena de custodia. Ésta, en juicio, se establece mediante la declaración de cada custodio del elemento a partir de su decomiso o registro. Debe eliminarse la posibilidad de que el elemento haya sido alterado, de forma tal que su pertinencia haya sido destruida, o que no es el mismo objeto original.⁴⁰

Ser estricto en exigir una cadena de custodia refuerza la obligación de las autoridades de establecer criterios y procedimientos adecuados para asegurar la conservación y autenticidad de las evidencias físicas.

¿Hasta qué grado de perfección debe llegar la cadena de custodia para que el juez esté satisfecho? En Norte América, donde tuvo su desarrollo temprano el requisito, el estándar es una “certeza razonable”⁴¹ Otra manera de expresar el requisito es que la cadena debe ser tal que “le hace improbable que el objeto original haya sido cambiado por otro o haya sido contaminado o alterado” La incorporación de documentos requiere de algunas reglas para asegurar su autenticidad y procedencia. Además, para efectos de conducencia, controversia y justicia, deberían de estar sujetos a la proscripción general en contra del testimonio de oídas.

De tal manera que un informe policial ya no debería entrar si contiene las declaraciones de terceros acerca de eventos que no percibió personalmente el declarante, salvo para efectos de impugnación del testigo (versiones inconsistentes).

En términos generales el concepto de “documento” debe incluir:

- Grabaciones por cualquier medio.
- Documentos escritos por cualquier medio.
- Filmaciones por cualquier medio.
- Fotografías y otros medios tales como rayos x, etc.
- Cualquier otro documento.

Los pasos prácticos para la incorporación de los documentos son los siguientes:

⁴⁰ Un efecto secundario saludable es reducir pero no eliminar la posibilidad de falsificación.

⁴¹ Eisentrager v. State, 79 Nev. 38, 378 P2d 526 (1963).

4.6 LA AUTENTICACIÓN

Demostrar que proviene de la fuente u origen representado por la parte que solicita su incorporación, es presupuesto a su incorporación. Este paso consiste en que alguna persona con conocimiento, dé información acerca del origen o autoría del documento para demostrar que es auténtico.

Además, en caso de duda, algún testigo debería declarar acerca de su pertinencia. El presupuesto de autenticidad se puede ver como una manifestación de la pertinencia; un documento se debe vincular a su fuente para que sea pertinente. Una carta donde una persona admite haber matado a otra no es pertinente, salvo que se demuestre que el acusado la escribió. Se sugiere que, cuando se trata de un documento escrito, este fundamento de autenticidad sea requisito previo a su incorporación.

- Para documentos escritos
- La declaración de una persona que presencié la redacción y firma de un documento que puedan llevar a identificarlo como tal incluyendo dónde, cuándo, cómo, las personas presentes, y qué pasó durante su redacción.
- La declaración de una persona familiarizada con la letra del autor. Específicamente el proponente debe mostrar por medio de su interrogatorio del testigo, que éste reconoce la letra del autor en el documento, que es familiar con la letra del autor y que existe una base adecuada para esta familiaridad como para convencer al juez.
- La declaración de un perito grafólogo. En este caso el proponente de la incorporación debe demostrar, por medio del interrogatorio del perito, que las muestras de comparación son auténticas, que se califique al perito como idóneo, que el perito haya comparado las muestras contra el documento y concluya que la misma persona que hizo las muestras escribió o firmó el documento.
- Documentos rutinarios reflejando las actividades comerciales o de alguna organización
- Documentos tradicionales
- El testigo tiene conocimiento personal del sistema de control de documentos de la empresa u organización.

- El testigo recuperó dicho documento del sistema.
- El testigo identifica al documento como el mismo.
- El testigo puede describir la base sobre la cual reconoce el documento.
- Documentos electrónicos

El proponente tiene que demostrar mediante testigos:

- Que la empresa u organización utiliza computadores.
- Que su computador es confiable.
- Que la organización tiene un sistema de entrada y control de documentos electrónicos.
- Que el sistema ha incorporado controles para identificar y remediar errores que pueden dañar o alterar documentos almacenados.
- Que el computador está en buen estado de reparación.
- Que el testigo recuperó el documento del computador, estando este en buen estado de reparación.
- Que lo reconoce como el mismo que recuperó.
- Que el testigo fundamenta la razón por la cual reconoce el documento.
- Que explique su significado, en caso de códigos o símbolos.

4.7 DOCUMENTOS OFICIALES

No se requiere de autenticación por testimonio, se presumen ser auténticos siempre y cuando:

- El Documento aparenta ser oficial.
- Lleva el sello apropiado.
- El sello identifica al que lo posea claramente y su presunta firma es legible.
- En caso de ser una copia, haya constancia o certificación de que está sea copia fidedigna del documento original.

4.8 FOTOGRAFÍAS

El proponente tiene que demostrar los siguientes elementos mediante testimonio:

El testigo conoce el objeto o la escena que aparece en la foto.

El testigo explica su familiaridad con la escena o el objeto.

El testigo reconoce la escena o el objeto en la foto.

La foto es una representación “buena” o fidedigna del objeto o la escena.

El mismo proceso se realiza para películas y videos, con la salvedad de que el testigo debería de haber estado presente durante la filmación, para poder acertar la no distorsión o alteración de la misma.

4.9 GRABACIONES

En cuanto a la autenticación de grabaciones, hoy en día se presume la base científica adecuada para las mismas y solamente requiere que el testigo declare que estaba presente para ser fidedigna.

4.10 DOCUMENTOS UTILIZADOS EN REEMPLAZO DE LA MEMORIA DEL TESTIGO

Hay dos situaciones en las cuales se utilizan documentos para reconstruir la memoria de un testigo olvidadizo. En una de ellas⁴² el documento en sí (o su contenido) se incorpora en calidad de prueba en reemplazo del testimonio del testigo. Esto ocurre cuando el testigo ya no tiene ninguna memoria de los hechos acerca de los cuales en algún momento sí tenía conocimiento. Esta situación se podría caracterizar como “memoria pasada registrada”. Si el testigo asentó en forma escrita o electrónica los hechos percibidos en un momento cuando estaban presentes en su memoria, el contenido o el documento mismo se puede incorporar si el testigo, en el momento del juicio, no tiene recolección suficiente como para describir los eventos. El juez debe insistir en los siguientes presupuestos:

⁴² La otra es cuando se logra refrescar la memoria mediante referencia a un documento que registró los eventos ósea; “memoria actual refrescada”. En esta situación no se incorpora el contenido del documento.

- El testigo en algún momento tuvo conocimiento personal de los hechos.

El testigo registró de forma escrita o electrónica estos hechos cuando todavía estaban presentes con claridad en su memoria. También el juez puede considerar cumplido este presupuesto si un tercero registró los hechos y el testigo verificó su contenido, mientras todavía tenía memoria completa de ellos.

- El testigo puede afirmar que el registro de los hechos es preciso y fiel a lo que percibió, o que era su procedimiento habitual registrar este tipo de hechos.
- En el juicio el testigo demuestra la falta de memoria para describir los hechos adecuadamente.

Si el testigo ha perdido lo suficiente su memoria que el enseñar el documento lo revive, se debe permitir al proponente enseñarle tales documentos anteriores al juicio. Sin embargo, el juez debe cuidar que esto no sirva para reemplazar la memoria defectuosa de manera ilícita o capciosa y, en caso de sospechas razonables, debe interrogar al testigo al respecto, antes de permitir la incorporación de documento, el cual ya se habrá autenticado mediante los testimonios preliminares del testigo.

Otra forma de cuestionar y valorar estas posibilidades es en la audiencia preparatoria, en donde el juez puede perfectamente requerir a las partes proveer información acerca de sus intenciones de utilizar tales documentos. Ya se ha dicho, este procedimiento de reemplazar el testimonio del testigo con un documento no permite que entre un documento repleto de pruebas de referencia, ilegales, especulativas, escandalosas o perjudiciales. Por ejemplo, nunca se debe utilizar esto para incorporar el informe policivo.

Estos documentos solo pueden describir los hechos percibidos por el testigo personalmente.

Un ejemplo de este procedimiento sería el siguiente:

Fiscal: ¿Cuál es el número de placa de la moto que Usted vio frente a la tienda del occiso?

T: No me recuerdo en este momento.

Fiscal: ¿Hay algo que le puede ayudar a recordar?

T: Anoté el número en un pedacito de papel.

Fiscal: Sr. Juez solicito que este se designe #3 para la acusación (dándole el papel al secretario para estos efectos y después enseñándole al defensor quien afirma haber recibido copia en el paquete de descubrimiento).

Fiscal: Sr. Pérez le estoy entregando lo que se ha designado Acusación #3, ¿qué es?

T: Es el pedazo de papel que acabo de mencionar.

Fiscal: ¿Cómo sabe?

T: Es mi letra. Yo la conozco.

Fiscal: Léalo en silencio por favor.

T: Sí.

Fiscal: Ahora pásamelo.

Fiscal: Ya que ha tenido oportunidad de leer el papelito. ¿Puede recordar el número de placa sin recurrir a él?

T: Sí, es el 97834.

Si no se hubiera logrado refrescar la memoria del testigo se podría haber incorporado el documento en reemplazo de ella, ya que los presupuestos se han acreditado mediante el testimonio al inicio del interrogatorio.

4.11 LA EXPOSICIÓN

En Colombia se tiende a establecer un procedimiento mediante el cual se puede conservar las declaraciones: la “exposición”. Estas se toman de los testigos, previo al juicio, para efectos de posible impugnación en el contrainterrogatorio y, como tal, serían una especie de documento para efectos de confrontación de la memoria y no solo para efectos de impugnación. El procedimiento es hacer la lectura de la exposición en el contrainterrogatorio, no incorporar el documento en sí. Se proscribe su uso en carácter de prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio.

4.12 REGLA DE LA “MEJOR EVIDENCIA

Todo documento a ser valorado como prueba tiene que ser el original, excepto:

- Los documentos públicos.
- Los duplicados auténticos.
- Copias de documentos extraviados o en poder de alguno de los sujetos procesales.
- Partes pertinentes de documentos voluminosos.
- Cuando las partes estipulen que no es necesario el original.

El razonamiento que históricamente da lugar a esta doctrina se encuentra en el fin de eliminar el riesgo de erradas transcripciones de documentos originales, erradas declaraciones acerca del contenido de los documentos originales y la posibilidad de alteración no detectable.

A veces el documento en sí es la prueba única de los hechos, como en el caso de un cheque falso, pero a veces hay alternativas. Tal es el caso, por ejemplo cuando se trata de constancias o relatos escritos de eventos en los cuales puede haber testigos, un matrimonio o una confesión. En estos casos, el documento describe un evento que existió independiente del documento y no dependía dicha existencia del documento.

Hoy en día la tecnología ha hecho posible la existencia de duplicados o múltiples originales, como en el caso de la impresión de documentos automatizados.

Cuando se utiliza un documento para refrescar la memoria. En estos casos el documento no se ofrece como prueba de su contenido. Una objeción a la utilización de una copia será sin lugar.

Cuando el documento es constancia de un evento percibido por testigos quienes declaren en juicio. Una objeción alegando que se debe presentar el documento en vez del testimonio sería sin lugar.

Algunas otras situaciones que pueden ocurrir:

Cuando el proponente del documento perdió el original. Los presupuestos a establecer antes de que permita copia son:

- Que el testigo encontró perdido al original.
- Que buscó el original con seriedad y afán.

- Que a pesar de la búsqueda, no se pudo encontrar el original.

Cuando el proponente haya destruido el original sin mala fe. Presupuestos son:

- Que el testigo tuvo posesión del documento.
- Que el testigo destruyó el documento.
- Que la destrucción del documento fue accidental o en buena fe y sin fines de alterar u ocultar pruebas.
- Cuando el original es documento público que no se puede legalmente sacar de su depósito.
- Que el documento es público.
- Que sería ilegal sustraer el mismo de su lugar de depósito. Cuando se ha extraviado o está fuera del alcance del tribunal.
- Que un tercero tiene el documento.
- Que el tercero reside en un lugar fuera de la competencia o jurisdicción del tribunal.
- Que el tercero rehúsa entregar el documento.
- Cuando el original está en posesión de una u otra parte.
- Que una de las partes tiene el original.
- Que esta parte rehúsa entregar el original.
- Copias de documentos voluminosos.
- Que el testigo es idóneo para revisar los documentos relevantes.
- Que el testigo ha estudiado el documento pertinente.
- Que el testimonio del testigo es un resumen confiable del documento.

4.13 LAS PRUEBAS DEMOSTRATIVAS

Hasta ahora hemos hablado de pruebas materiales que tienen una relación histórica con los hechos. Ejemplos son; la pistola que se usó para el homicidio, el cheque alterado, los documentos que dan constancia de un peculado etc. Pero hay una segunda categoría de pruebas materiales: las que no son directamente relacionadas con los hechos, pero que pueden servir para ilustrar el testimonio de algún testigo. Se suele decir que son “apoyos visuales” y su utilización debe ser sujeta solamente a su pertinencia y utilidad. Por tanto su número y características se limitan solo por la imaginación del proponente y la discreción del juez. Algunos ejemplos de este tipo de prueba son: Armas u objetos similares a los utilizados para cometer el ilícito. Por ejemplo, permitir al testigo demostrar las acciones bélicas del acusado utilizando una pistola similar a la que vio pero nunca apareció, puede servir al juez para entender mejor su testimonio.

Croquis o diagramas demostrando la escena de los hechos.

Representaciones gráficas de flujo de caja o de ingresos o eventos similares. Se llama “demostrativa” esta clase de prueba porque le ayuda al testigo a demostrar que quiere decir o que percibió.

Los presupuestos para la admisión de un diagrama o representación gráfica son:

- El diagrama representa algún lugar u objeto.
- El testigo conoce el lugar o el objeto.
- El testigo explica las bases de su conocimiento o familiaridad con lo representado.
- El testigo tiene la opinión de que el diagrama es una representación fidedigna del lugar u objeto.

Un ejemplo de cómo se debe autenticar y admitir un diagrama sería:

Fiscal: Sr. Juez, pido que designe este documento “acusación f”

Juez: Así es, regístrelo así secretario.

Fiscal: Srta. Estrella, le enseñé un documento, ¿lo reconoce?

CE: Sí, es un diagrama del parqueadero del Hospital donde yo trabajo.

Fiscal: ¿Cómo sabe?

CE: Tengo muchos años trabajando allí y paso por allí seis días por semana.

Fiscal: ¿Qué tan preciso es el documento?

CE. Bueno, no es exacto, pero bastante cerca de lo que es este lugar y demuestra todos los edificios, luces y demás facetas del lugar bastante bien.

Fiscal: Sr. Juez, pedimos la incorporación de elemento material "acusación f".

Juez: Admitido.

Fiscal: Por favor Srta. Estrella, indique con una X el lugar donde Usted estaba Cuando vio salir de la Sala de Urgencias a la acusada.

La testigo procede a marcar todas las posiciones de relevancias y objetos para efectos de ilustración, de acuerdo a los directrices del fiscal.

De igual manera, modelos, representaciones gráficas, etc., pueden ser incorporados. La autenticación de estos efectos no requiere del testimonio de la persona que los hizo, cuando el testigo lo reconoce y puede afirmar que es una buena semblanza del lugar u objeto.

Hay que distinguir entre la prueba demostrativa, que en todo caso es prueba, y los simples apoyos que pueden utilizar las partes en sus alegatos. Estos últimos son simplemente una extensión de la expresión verbal que, si bien cumple el mismo objetivo, no se incorpora por no ser prueba. Un ejemplo de este último sería cuando el mismo fiscal dibuja en representación gráfica los puntos más importantes que favorecen a su teoría. Esto es su manera de recapitular la prueba, pero nunca es prueba en sí. Habrá que ser claros también en que no hay nada que impida que un litigante aproveche los elementos materiales y los utilice en sus alegatos, una vez hayan sido incorporados.

4.14 LA PRUEBA FÍSICA O MATERIAL

A distinción de las pruebas demostrativas, la prueba material o prueba física tiene alguna relación directa con los hechos. Como es el caso con cualquier objeto material, el presupuesto a su incorporación o admisibilidad es la autenticación, la cual se logra en este caso por medio de la identificación del elemento por parte de alguien con conocimiento.

Hay dos métodos de identificación:

Cuando el objeto tiene señas únicas o en sí es único, se satisface el presupuesto cuando el testigo puede afirmar que ha observado la seña o peculiaridad en algún momento relevante (eje. Al recoger el elemento en la persona del acusado) y que actualmente se acuerda de él y sus particularidades especiales. Esto basta para que el juez pueda considerarlo auténtico. En este caso el presupuesto de admisibilidad se establece con los siguientes elementos:

El elemento tiene características únicas.

El testigo ha tenido ocasión previa de observar el objeto y la característica especial.

El testigo identifica el objeto.

La identificación radica en que el testigo se acuerda de la característica única.

El testigo afirma que el objeto no ha sido alterado.

En el caso donde uno de estos presupuestos falta, digamos que el objeto no tiene ninguna característica especial o única. En este caso la única forma de identificar y autenticar el objeto es mediante la cadena de custodia, de la cual hemos hablado brevemente antes. En términos generales, para establecer el presupuesto de la cadena de custodia se debe demostrar lo siguiente:

El testigo se posesionó del objeto en cierto lugar y fecha.

El testigo conservó el objeto en adecuadas condiciones de seguridad como para que no se alterara. Demuestra por medio de su testimonio que estas condiciones eran tales que es probable que no se haya alterado.

- El testigo afirma que es el mismo objeto del cual se posesionó.
- El testigo afirma que se encuentra en las mismas condiciones que cuando primero llegó a su posesión.

Para establecer adecuadamente la cadena de custodia de algún elemento se tiene que citar a cada persona que tuvo posesión del elemento, ya que cada uno es eslabón en la cadena. En caso de poca duda, el juez debe impulsar a que las partes estipulen acerca de la cadena de custodia, tomando en cuenta que es simplemente la constancia de autenticidad de un elemento material. Defectos en la cadena no son necesariamente causales de exclusión, siempre y cuando el juez esté razonablemente cierto, basado en los testimonios, que el elemento es auténtico y no se ha alterado

Ahora bien, en relación a la NATURALEZA DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL, el Código de Procedimientos Penales regula la oralización de la prueba instrumental en su artículo 262°. La prueba instrumental no es otra cosa que los documentos públicos o privados que acreditan un hecho, y que a partir de la oralización se introducen en el debate oral. Esto otorga en buena cuenta a las partes la posibilidad someter a su escrutinio el documento, valorando su autenticidad en contenido y forma, y sometiéndolos además a las reglas del principio de contradicción y publicidad que gobierna la sustanciación de las causas criminales en un Estado de Derecho.

Sin embargo, uno de los más reputados autores europeos en materia de Prueba criminal, el alemán Joseph Antón MITTERMAIER sostiene, representando a la doctrina procesal unánime a este respecto, que cuando el documento acredita la declaración de un sujeto que ha tenido conocimiento de los hechos, no cabe que el juez le de valor probatorio, porque es el acto oral donde el testigo debe declarar y ser sometido al escrutinio de las partes. Por ello, MITTERMAIER afirma refiriéndose a si es o no suficiente el contar con una instrumental trasladada que contiene una declaración, lo siguiente:

“si este no contiene sino un testimonio o declaración acerca de un crimen por un tercero, tampoco es suficiente este testimonio. El testigo, para hacer fe, debe declarar en juicio [...] y ser interrogado de manera regular, sin sugerencias [...] ninguna garantía ofrece un testigo extrajudicial y escrito” [13]. (Resaltado nuestro)

En suma, no cabe que mediante la oralización de una prueba instrumental trasladada se trate de hacer valer como prueba una declaración vertida fuera del proceso [14]. La lectura del acta donde quedó consignada esa declaración extra-proceso no es suficiente para satisfacer las exigencias del principio de contradicción [15]. Se debe convocar al propio testigo, como órgano de prueba, para que testifique en Acto Oral Público, sobre los hechos que tiene conocimiento, a fin de ser sometido -en base al Principio de Contradicción- al examen directo de las partes procesales.[16] Por ello, no se puede oponer UNA COPIA CERTIFICADA de una declaración rendida en otra causa donde el coimputado inculcado no es parte, y donde por ende no tuvo la posibilidad de ejercer el control de la Prueba. Ya que como sostiene RAMÍREZ GÓMEZ, para que esas declaraciones adquieran eficacia probatoria deben ser ratificadas en el juicio oral, hasta ello sólo tienen el valor probatorio sumarial, que no bastan para sustentar una sentencia condenatoria. Así se expresa el referido autor colombiano:

“Claro está, que esos testimonios y esos documentos trasladados, que a la postre sólo tiene el valor de prueba sumaria, para adquirir plenitud probatoria en el proceso donde han llegado como medios nuevos, deben ser ratificados o reconocidos (...)” [17] (El resaltado y subrayado son nuestros)

Ahora bien, en tanto prueba instrumental este documento se incorpora al debate a través de la oralización del documento, para que las partes procesales tengan la oportunidad de contradecirlas. Sin embargo, la doctrina precisa que cuando el documento introducido al proceso contiene una declaración prestada por quien tiene conocimiento de los hechos, no basta que la declaración sea oralizada o leída, sino que se debe recurrir al mismo órgano de prueba que la generó. Como lo precisa la jurisprudencia comparada de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, cuando indica que:

“En punto a la prueba trasladada debe precisar la Sala los aspectos atinentes a su validez y a su valoración. Así en cuanto a lo primero se impone su examen en relación a la forma como fue ordenada y practicada en el proceso inicial de donde se traslada, para efecto de establecer su legalidad y que en el presente caso no ofrece ninguna duda, como tampoco lo tiene el acto judicial mediante el cual se trasladó de aquél a este proceso que hoy se revisa.

Además es fundamental dentro de las garantías elementales del proceso que la prueba trasladada tenga su oportunidad de ser controvertida (...).[18] (El resaltado y subrayado son nuestros).

Ello hace necesario que el Tribunal reciba en audiencia pública la declaración inculpativa del coimputado, para que sea sometida al contradictorio y los coimputados inculcados puedan ejercer su derecho de defensa.

CONCLUSIONES

1. Los delitos de estafa y apropiación indebida no tiene una forma explícita para probar.
2. No se puede establecer una diferencia clara entre el medio de prueba entre la estafa y la apropiación indebida.
3. No existe una forma clara las diferencias entre la apropiación indebida y al estafa, no solo en el ámbito doctrinario sino también el ámbito legal, como sucede con otros delitos.
4. Se ha propio demostrar que el delito de estafa es un delito netamente subjetivo, porque no existe en la ley la diferenciación clara del elemento objetivo del subjetivo.
5. La estafa paso en la actualidad a ser un delito que atenta a la fe y no a la propiedad, pero el legislador no ha sabido como pone parámetros para poder hacer dicha diferenciación.
6. La forma de probar la apropiación indebida está supeditada a documentos, es decir que es una prueba netamente documental, cuando pudiera ser también apreciada dentro de la prueba testimonial.
7. La estafa solo ha podido ser probada en muy pocos casos es decir que es un delito que al ser netamente subjetivo muchas vece deja en al impunidad a los delincuentes,
8. La apropiación indebida debería tomar en consideración aspectos más de estafa con una sola diferenciación el modo de afectar al sujeto pasivo.

RECOMENDACIONES

1. Proponer reforma a los legisladores para que en el capítulo de las pruebas en el CPP, respecto de la estafa y la apropiación indebida.
2. Diferencias en forma clara los conceptos y los elementos de los delitos de estafa y apropiación indebida en la ley, como se hace en los delitos de asesinato, violación, hurto, etc.
3. Dentro del C.P.P debería mencionarse las condiciones y las formas de prueba para la estafa y la apropiación indebida como sucede en los delitos de hurto, robo y abigeato.
4. Dar un sentido más objetivo al delito de estafa y apropiación indebida y no solamente dejar que el medio subjetivo es decir el ánimo de apropiarse sea el elemento que establezca la diferencia, cometimiento y sanción de los dos delitos analizados
5. Darle el rango de delitos contra la fe pública a la estafa y a la apropiación indebida
6. Si al prueba en la estafa y al apropiación indebida es netamente documental, es decir contratos, letras, finiquitos, cheques, pagarés, etc. Debería establecerse en forma clara cuál es la prueba material apropiada para probar los delitos analizados en mi tesis.
7. La apropiación indebida y al estafa debería tener una mayor y mejor forma de probarla y fundamentarla, con el fin de evitar la impunidad
8. realizar una reforma legal en el cual el delito sea estafa y apropiación indebida pero sea un solo tipo penal que encuadre los dos delitos.
9. Reformar el código penal con la finalidad de poder mejorar le tipo penal que hemos estudiado en esta tesis.
10. Darle al juzgador al mayor cantidad de elementos legales para que no confunda los dos tipos penales.
11. Los medios de prueba solo están determinados para ciertos delitos como la violación, el envenenamiento, no para la estafa ni al apropiación indebida.

BIBLIOGRAFIA

1. SACOTO, Pilar – Compendio de Introducción del Derecho Penal, Pag. 75.- ED AED- Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1995.
- TORRES CHAVEZ, Efraín, Breves Comentarios al Código Penal Ecuatoriano, Pag 198, Guayaquil; Segunda edición.
2. CARRARA, Francesco, Derecho Penal, Tomo I, Editorial Oxford, Edición 1999.
3. Cfr. al respecto Bacigalupo, “ La protección de los derechos fundamentales”
4. Constitución de la República del Ecuador Fuente www.derechoecuador.com, 11 de agosto de 2010.
5. Código Penal, Fuente www.derechoecuador.com, 16 de junio 2010.
6. Código de Procedimiento Penal, www.derechoecuador.com, 16 de junio 2010.
- DONNA, Edgardo Alberto, Aspectos Generales del Tipo Penal de Estafa - Buenos Aires, Astrea, 1995 pg. 40
7. Eisentrager v. State, 79 Nev. 38, 378 P2d 526 (1963).
8. JIMENEZ DE ASÚA Luis. Lecciones de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Oxford
9. MEZGER, Edmundo.- “Tratado de Derecho Penal”.- Tomo I, Madrid España
10. Roxin, Strafverfahrensrecht, Edición 25.