

# DERECHO PENAL CENTRAL



## El delito de estafa en el Código Orgánico Integral Penal. Breve análisis del tipo penal y las reformas del 2019

The crime of fraud in the organic integral penal code. Brief analysis of the criminal type and the 2019 reforms

HERNÁN FARTO CRESPO

 Universidad Central del Ecuador (Ecuador) | [hsfarto@uce.edu.ec](mailto:hsfarto@uce.edu.ec)

### RESUMEN

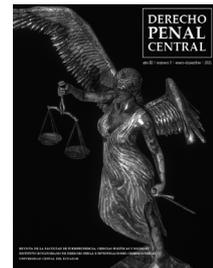
La evolución del tipo penal de estafa en el Ecuador es un reflejo de la necesidad de protección ante el avance de la sociedad en materia comercial y económica, algo totalmente demostrable con las reformas del año 2019 en donde se establecieron nuevas conductas como estafas agravadas y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo, este avance no siempre se encuentra acorde a la evolución doctrinaria en el derecho penal. En el presente artículo se analizan brevemente los elementos esenciales del tipo penal de estafa, en contraposición con las principales modalidades de estafa agravada, abarcando la responsabilidad penal de las personas jurídicas y haciendo una reflexión respecto a la necesidad de un mayor desarrollo jurisprudencial que merece este tipo penal.

**PALABRAS CLAVE:** estafa; responsabilidad penal; persona jurídica.

### SUMMARY

The evolution of the criminal type of fraud in Ecuador is a reflection of the protection needs before the advancement of society in commercial and economic matters, something fully demonstrable with the reforms of the year 2019 where new behaviors such as aggravated fraud and criminal responsibility of legal persons are established, however, this progress is not always in line with the doctrinal progress in Criminal Law. In this article, the essential elements of the criminal type of fraud are briefly analyzed, in contrast to the main modalities of aggravated fraud, covering the criminal responsibility of legal persons and reflecting on the need for further development of the jurisprudence that this criminal type deserves.

**KEY WORDS:** fraud; criminal responsibility; legal person.



Recibido: 04/06/2021  
Aceptado: 30/06/2021

## 1. Introducción

A medida que la globalización avanza a nivel mundial, el comercio, la economía, la tecnología, y las relaciones humanas van experimentando grandes cambios de toda índole y se encuentran en un proceso de evolución constante que, en la mayoría de

los casos, ha generado progreso a la sociedad.<sup>1</sup> Sin embargo, al mismo tiempo se han desarrollado nuevas conductas nocivas y formas de criminalidad. Es lógico pensar que el avance y el desarrollo de nuevas formas de criminalidad generen el debate académico y doctrinario oportuno respecto a las acciones y respuestas que el Estado debe adoptar para combatirlas, principalmente, aquellas modalidades que pueden alterar el orden social y afectar en gran escala a la economía y su estructura.

La respuesta estatal y supranacional se ha desarrollado inicialmente en la Unión Europea, cuyos legisladores y catedráticos a inicios del siglo XXI ya advirtieron sobre la necesidad político criminal de establecer ciertas directrices para prevenir la proliferación de determinadas conductas que pongan en peligro el comercio en la Eurozona. Por ello, muchos han dedicado su esfuerzo en formular tipos penales genéricos, principalmente a la estafa como euro-delito, sus modalidades de comisión y sus variantes.<sup>2</sup> A manera de ejemplo, se puede tomar al desarrollo de las relaciones comerciales e internacionales para medir el aumento de la delincuencia económica, toda vez que se ha podido percibir cierta cooperación internacional en delitos como la estafa, la falsificación de documentos y la corrupción. Mismas que se han ido adaptando conforme evoluciona la sociedad, tales como: las estafas internacionales múltiples, que consisten en robar cheques originales, imprimir copias y poner en circulación cheques librados en bancos inexistentes.<sup>3</sup>

El tipo penal de estafa, con sus variantes y modalidades, permite estudiar y entender cómo el derecho penal se ha visto en la imperiosa necesidad de adaptarse a la constante evolución de la sociedad. En algunos países se complementa con figuras penales especiales, con el fin de tutelar el patrimonio público, o en la aportación de datos falsos y sus variantes han llegado a estar destinadas a la protección de inversiones de capital, la concesión de préstamos por parte de las instituciones del sistema financiero, por ejemplo, la estafa mediante cheques o la estafa a través de acuerdos anticompetitivos.<sup>4</sup> Siguiendo la línea de pensamiento anterior, en el Ecuador, el tipo penal de estafa se encontraba en el capítulo V del Código Penal, denominado «De las estafa y otras defraudaciones», y contenía varios tipos penales tales como: la estafa, el engaño al consumidor, el abuso de confianza, la receptación y otros delitos cuyo bien jurídico protegido claramente se encontraba delimitado y era la propiedad. Así, se debe hacer énfasis en la determinación del bien jurídico protegido, toda vez que su definición, permite el desarrollo y la evolución del tipo penal. Específicamente, el artículo 563 establecía:

El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otra, 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 empre-

1 Chonchol, Jacques, «Impacto de la globalización en las sociedades Latinoamericanas: ¿Que hacer frente a ello?», *Revista digital Scielo*.

2 Tiedemann, Klaus, «Introducción», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 29 y ss.

3 Tiedemann, Klaus, «La criminalite socio-economique», p. 749 (citado por Fernández Albor, Agustín y Martínez Pérez, Carlos, *Delincuencia y economía*, España, Universidad Santiago de Compostela, 1983, p. 17).

4 Tiedemann, Klaus, «Introducción», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, op. cit., pp. 31-36. Vid. Código Penal del Ecuador, RO S.147 22-I-1971, derogado el 09-XII-2014.

sas, 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 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 informáticos o telemáticos [...].<sup>5</sup>

De la configuración típica del Código Penal anterior, claramente se puede advertir que no contemplaba muchas modalidades delictivas que hoy son consideradas necesarias por varias legislaciones en el mundo, incluyendo el actual Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, que no solo ha optado por ampliar las modalidades de la estafa, sino que también ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas para este tipo de delitos. En el presente artículo se procurará analizar el tipo penal de estafa contenido en el Código Orgánico Integral Penal, las consideraciones doctrinarias respecto a los elementos del tipo penal, las modalidades que afectan a los operadores económicos y del mercado y que han dado paso a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## 2. La estafa, su desarrollo y los elementos esenciales del tipo

Antes de conceptualizar al tipo penal y sus elementos, se debe hacer énfasis en que la configuración del delito de estafa evoluciona con el avance de la sociedad. Un ejemplo de lo manifestado podría ser que en un inicio solo se podía actuar en contra del ser humano. En la actualidad, se reconocen diversos supuestos en donde el sujeto pasivo ni siquiera se encuentra al momento del consumarse el delito, como es en el caso de sistemas informáticos o, incluso, cajeros automáticos.<sup>6</sup> Sin embargo, son justamente las nuevas modalidades de estafa las que han complicado la evolución de este tipo penal. Por ello, se han elaborado muchos estudios al respecto de cómo establecer, subsumir y sancionar determinadas conductas que actualmente se encuentran dentro de la estafa, los principales problemas se han dado al momento de conceptualizar, el bien jurídico protegido y los componentes del tipo penal de estafa.

En el Ecuador, el tipo penal de estafa se encuentra tipificado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal.<sup>7</sup> En este sentido, se ha establecido varias modalidades dentro del mismo tipo penal, procurando abarcar la mayor cantidad de conductas nocivas de la siguiente manera:

La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, me-

5 *Vid.* Código Penal del Ecuador, las reformas finales al tipo penal de estafa, fueron introducidas por la Ley 2002-67, RO 557-S,17-IV-2002, Ley 2002-75, RO 635,7-VII-2002 y por la Ley 2002-91, RO 716, 2-XII-2002. Previo a estas reformas, el Código Penal del Ecuador, no contemplaba la posibilidad de cometer el delito de estafa utilizando medios electrónicos o telemáticos, este avance se logró tras un proceso de modernización del Estado, impulsado principalmente por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional y la entrada en vigor de la Ley de Comercio Electrónico.

6 Vogel, Joachim, «Eurodelito de estafa», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, op. cit., p. 45.

7 Código Orgánico Integral Penal, RO 180, publicado 10-II-2014, última reforma 15-VIII-2019.

diante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercer, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La pena máxima se aplicará a la persona que:

- (1) Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario.
- (2) Defraude mediante el uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares.
- (3) Entregue certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que realice la persona jurídica.
- (4) Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.
- (5) Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor.
- (6) A través de una compañía de origen ficticio, induzca a error a otra persona, con el fin de realizar un acto que perjudique su patrimonio o el de un tercero.

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

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

La persona que emita boletos o entradas para eventos en escenarios públicos o de concentración masiva por sobre el número del aforo autorizado por la autoridad pública competente, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a noventa días.

Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

Conceptualmente, el delito de estafa se define como aquellas conductas que tienen como común denominador producir un perjuicio patrimonial mediante una conducta engañosa,<sup>8</sup> en otras palabras, se puede entender como todo acto doloso, que producto de un engaño produce o busca producir un perjuicio en el patrimonio de un tercero. De la definición anterior se deduce que el bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio ajeno en cualquiera de los elementos integrantes de éste, ya sean bienes muebles o inmuebles, derechos, dinero, representación de capitales, que puedan constituir el objeto material del delito.<sup>9</sup> Sin embargo, hay autores que consideran que este concepto es únicamente aplicable siempre que medien los elementos esenciales de la estafa general o común, estos son: engaño, error y disposición del patrimonio. Además, su desarrollo debe permanecer obligatoriamente en el ámbito doctrinario y de la jurisprudencia, sin pretender nunca una definición legal.<sup>10</sup>

8 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, España, Tirant lo Blanch, 2004, p. 424.

9 *Ibid*, p. 424.

10 De La Mata Barranco, Norberto, «El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, op. cit. p. 207.

Esta línea de pensamiento encontraba su justificación en la necesidad de buscar un concepto general para establecer el bien jurídico protegido en el Eurodelito de estafa,<sup>11</sup> toda vez que se entendió la importancia de proteger el patrimonio y las relaciones comerciales dentro de la Eurozona, puesto que se veían afectadas por el cambio que significaba las relaciones de integración de los países del continente europeo. El debate mencionado consistía, principalmente, en desarrollar el concepto tradicional de patrimonio, entendido y definido por Binding, como un conjunto de derechos y deberes patrimoniales reconocidos jurídicamente cuya lesión conlleva, con independencia, que se produzca o no un daño patrimonial.<sup>12</sup> En contraposición de éste, surgió la concepción fáctico económica que pretendía, entre otras cosas, desvincular a los delitos contra la propiedad de los delitos patrimoniales y sostenía que lo penalmente relevante consiste únicamente en el saldo contable o evaluable.<sup>13</sup>

Finalmente, y ante la crítica de la teoría fáctico-económica, surge el concepto jurídico económico del patrimonio, por la cual se entendería que son aquellos bienes patrimoniales que tienen valor económico y el sujeto posee en virtud de una relación jurídica, quedando excluidos los objetos que tienen valor afectivo. En definitiva, lo que se pretende garantizar con la conceptualización de patrimonio en forma amplia no es la relación estática o atribución formal de bienes, sino las posibilidades de actuación que concede la relación al individuo, siempre en funcionalidad del valor económico.<sup>14</sup> Dicho de otro modo, en la estafa el bien jurídico protegido se halla representado por los distintos componentes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, del patrimonio y no entendido como un todo.<sup>15</sup>

En nuestro código, se puede apreciar un concepto de patrimonio como bien jurídico protegido, de manera amplia y con relevancia funcional para el derecho penal económico, toda vez que se pretende proteger ante una variedad de modalidades dolosas y fraudulentas una consecuencia negativa para la economía en sentido amplio, algo que incluye el patrimonio personal.

Otro punto de debate respecto al concepto de patrimonio, y que también cobró vital relevancia, fue el de establecer si el delito de estafa pertenece al estudio del derecho penal económico, pues en la actualidad, nadie duda que el fraude y la estafa que se producen en la economía, constituyen pilares fundamentales para el estudio del

11 Vid. «En Europa, actualmente ya existe el euro-delito de estafa, denominado fraude al interés financiero de las comunidades europeas, formulado en el artículo 1.1 del Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a los intereses financieros de la Unión Europea y bajo la configuración genérica en el artículo 1.2 de Reglamento 298/95 sobre la protección de los intereses financieros». Vogel, Joachim, «Eurodelito de Estafa», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, op. cit.

12 Binding, Karl, «Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts». Besonderer Teil 1, 2 Auflage, Engelmann Verlag, Leipzig, 1905, p. 238. (Citado De la Mata Barranco, Norberto, «El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, op. cit., p. 207.

13 De La Mata Barranco, Norberto «El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, op. cit., p. 207.

14 *Ibid.*, p. 230.

15 Vives Antón, Tomás; Orts Berengues, Enrique; Carbonell Mateu, Juan; González Cussac, Juan y Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, España, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 475.

derecho penal económico.<sup>16</sup> Esto es algo que se puede evidenciar en la última reforma al Código Orgánico Integral Penal que amplía los sujetos que pueden ser responsables del delito de estafa. La doctrina comúnmente reconoce como elementos esenciales del tipo penal de estafa el engaño, el error y la disposición del bien ajeno,<sup>17</sup> los cuales son plenamente identificables en el tipo penal en el Ecuador, el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, establece el engaño dentro del tipo, como «la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos», respecto al error, «induzca a error a otra», y sobre la disposición de bien ajeno, «realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera».

El engaño es el elemento más significativo del delito de estafa, puesto que establece la pauta para determinar la relación de causalidad, de tal manera que, el engaño es el motivo o la causa del perjuicio patrimonial,<sup>18</sup> adicionalmente es el elemento que traza la diferencia con otras figuras delictivas,<sup>19</sup> como el hurto, el abuso de confianza, etc. En el mismo sentido, y al ser el elemento diferenciador de otras conductas delictivas, el engaño no tiene una definición estricta en materia penal, sin embargo, la doctrina lo identifica a partir de la diferenciación con otras figuras afines, mediante la siguiente premisa lógica: en el robo y en el hurto, el autor toma la cosa que no le pertenece; en el abuso de confianza, dispone de la cosa que le entregaron voluntariamente, y en la estafa, engaña para que el propio dueño, entregue la cosa que desea hacer suya. De lo anterior, claramente se puede advertir que el engaño debe ser idóneo para conseguir el resultado de afectar el patrimonio ajeno, es decir, el sujeto pasivo realmente cree en el sujeto activo, dicha creencia le motiva actuar de tal manera, que ponga a disposición su patrimonio, en ese sentido, se puede citar como ejemplo el caso de los magos y adivinos de circo, en donde utilizan maniobras engañosas para ofrecer ver el futuro, sin embargo, no se podría subsumir dentro del tipo penal de estafa, toda vez que carecen de relevancia típica.<sup>20</sup>

En otras palabras, para que el engaño sea penalmente relevante tiene que ser intersubjetivamente idóneo para provocar error en el sujeto pasivo, valorando la entidad del engaño atendidas todas las circunstancias del eventual engañado con trascendencia, y de las relaciones con el sujeto activo.<sup>21</sup> En la mayoría de los países europeos y latinoamericanos, existe unanimidad al situar al engaño como punto de partida del comportamiento delictivo que, como resultado intermedio, ha de originar un error y como resultado final producir un perjuicio en el patrimonio, aunque también existen excepciones como el caso de Estados Unidos, en donde lo que prima no es el perjuicio patrimonial, sino que basta con la existencia del engaño en contra de la «buena fe».<sup>22</sup>

16 Vogel, Joachim, «Eurodelito de estafa», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, op. cit., p. 41.

17 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, op. cit., p. 426

18 *Ibid.*, p. 26

19 Vives Antón, Tomás; Orts Berengues, Enrique; Carbonell Mateu, Juan; González Cussac, Juan y Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pp. 476-523.

20 *Ibid.*, p. 480

21 Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Cardenal Montraveta, Sergi; Fernández Bautista, Silva; Gallego Soler, José; Gómez Martín, Víctor y Hortal Ibarra, Juan, *Manual práctico de derecho penal, Parte especial*, España, Tirant lo Blanch, 2004, p. 566

22 Vogel, Joachim, «Eurodelito de estafa», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el*

El segundo elemento esencial del tipo penal es el error, que es la falsa representación de la realidad motivada por el engaño del sujeto activo, es la contradicción entre la realidad y la falsa representación que tiene el engañado,<sup>23</sup> también se lo entiende en la doctrina como el requerimiento de un estado psicológico de error, esto es, de falsa representación de la realidad y es consecuencia del engaño y causa del acto dispositivo.<sup>24</sup>

Por la forma en que se encuentra establecido el error en el Código Orgánico Integral Penal, al que igual que en España, es la concurrencia en la realización del acto dispositivo, es decir, no se requiere ninguna suerte de creencia inquebrantable por parte de la víctima, bastaría que el sujeto pasivo haya actuado en base a las falacias del sujeto activo, tomándolas como verdaderas, para que pueda ser considerado como el error requerido por el artículo. Al ser la estafa un tipo penal amplio, han existido algunos autores que han advertido que el concepto de error puede ser interpretado de manera extensiva como, por ejemplo, el caso de la mendicidad, en donde el engaño es idóneo y causa error en la percepción del sujeto pasivo, configurándose el delito de estafa. Sin embargo, la doctrina indica que la limosna o dádiva se entrega en una relación no comercial, ni a causa de las simulaciones, sino únicamente por ejercer caridad o para librarse del importuno causado.<sup>25</sup> Se puede concluir, que el error relevante para el tipo penal de estafa se produce cuando a consecuencia de la conducta engañosa se ha causado una suposición falsa, es decir, la acción engañosa debe ser causa del error,<sup>26</sup> independientemente, si se produce o no una disminución del patrimonio del sujeto pasivo.

El último elemento esencial del tipo penal de estafa es la «disposición patrimonial», que ocurre a consecuencia del error, y el engañado realiza una disposición patrimonial, ya sea con la entrega de una cosa, la prestación de un servicio que puede consistir en hacer o en omitir, por ejemplo, renunciar a una terceraía o a un crédito.<sup>27</sup> En otras palabras, se puede entender por acto de disposición a toda acción y omisión que implique un desplazamiento patrimonial, esto puede ser en forma de entrega, cesión, o prestación de la cosa, derecho o servicio que se comercialice.<sup>28</sup> Con la concurrencia de los tres elementos brevemente descritos se configura el delito de estafa y se procura un resultado típico que puede o no producir un perjuicio en el patrimonio de un tercero, es decir su consumación dependerá exclusivamente si existe o no el desplazamiento patrimonial con el consecuente enriquecimiento.<sup>29</sup> En cuanto a la producción o no del resultado, el delito de estafa cabe en la modalidad de tentativa, y la doctrina mayoritaria así lo reconoce, por ello resulta punible en la mayoría de los ordenamientos

---

*derecho penal económico, op. cit.*, p. 46.

23 Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Cardenal Monraveta, Sergi; Fernández Bautista, Silva; Gallego Soler, José; Gómez Martín, Víctor y Hortal Ibarra, Juan, *Manual práctico de derecho penal, Parte especial, op. cit.*, p. 569.

24 Vives Antón, Tomás; Orts Berengues, Enrique; Carbonell Mateu, Juan; González Cussac, Juan y Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal, Parte especial, op. cit.*, p. 482.

25 *Ibid.*, p. 483

26 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte especial, op. cit.*, p. 428

27 *Ibid.*, p. 429.

28 Vives Antón, Tomás; Orts Berengues, Enrique; Carbonell Mateu, Juan; González Cussac, Juan y Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal, Parte especial, op. cit.*, p. 485.

29 *Ibid.*, p. 487

jurídicos europeos y latinoamericanos, principalmente cuando la víctima ha sido quien ha evitado el error y la disposición patrimonial.<sup>30</sup>

La crítica sobre la tentativa de estafa ha sostenido que la sanción penal es poco conveniente por la ampliación de la punibilidad. Adicionalmente, existen problemas de homologación de criterios cuando se castigan de modo autónomo comportamientos que constituirían tentativas de estafa.<sup>31</sup> En el caso del Ecuador, la jurisprudencia ha seguido el criterio mayoritario de la doctrina que considera que el delito de estafa es punible en su modalidad de tentativa, toda vez que claramente son separables la acción y el resultado final. De esta manera, la máxima corte de Ecuador reconoce la estafa consumada y la tentativa.<sup>32</sup>

Respecto a la imputación objetiva, como se mencionó anteriormente la relación de causalidad representa el primer requisito de imputación objetiva, del perjuicio al engaño. Adicionalmente, el perjuicio no solo es imputable a la conducta de engaño cuando existe el nexo causal, sino cuando, la conducta también signifique la creación o incremento de un resigo jurídicamente desaprobado.<sup>33</sup> Así también, al ser un delito de resultado, se configuran las reglas generales de coautoría, complicidad y cooperación necesarias.<sup>34</sup> Este tipo penal es doloso, toda vez que se requiere el engaño y el ánimo de lucro para la obtención de un resultado que es el detrimento en el patrimonio de una tercera persona,<sup>35</sup> por ende, el dolo debe ser concurrente al momento del engaño y no posterior al acto de disposición patrimonial.

## 2.1. Conductas agravadas y principales reformas

Como se mencionó en el punto anterior, el Código Orgánico Integral Penal al momento de tipificar la estafa procura abarcar la mayor cantidad de conductas nocivas, es decir, admite muy diversas formas de concreción en la práctica, esto en la doctrina se conoce como delito multiforme.<sup>36</sup> Siguiendo la línea de pensamiento anterior, se puede decir que, el artículo 186 del COIP contiene la estafa común y como conductas agravadas las estafas específicas como modalidades diferentes dentro del tipo, esto fue posible al establecer un concepto genérico de estafa, puesto que es amplio y capaz de acoger sus diversas formas de aparición.<sup>37</sup> Sin embargo, este reconocimiento de diversas modalidades y formas de aparición del delito de estafa que en el Ecuador, al igual que en España, se lo realizó como conductas agravantes y merecedoras incluso

30 Vogel, Joachim, «Eurodelito de estafa», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), en *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, op. cit., p. 51

31 *Ibid.*, p. 51

32 Resolución N.º 578-06, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, RO 20-II-2007.

33 Bajo Fernández, Miguel, *Los delitos de estafa en el código penal*, España, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 57.

34 Vives Antón, Tomás; Orts Berengues, Enrique; Carbonell Mateu, Juan; González Cussac, Juan y Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, op. cit., p. 488.

35 Pastor Muñoz, Nuria, «Delitos contra el patrimonio», en Silva Sánchez, Jesús, *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, España, Atelier, 2006 p. 219.

36 Blanco Lozano, Carlos, *Tratado de derecho penal español*, tomo II, El sistema de la parte especial, J. M. Bosch (ed.), España, 2005, p. 521.

37 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, op. cit., p. 424.

de una pena privativa de libertad superior, la doctrina considera que en realidad son supuestos que implican hechos defraudatorios nucleares a los que de ninguna manera les resulta aplicable la palabra «agravantes»,<sup>38</sup> son comportamientos de estafa que bien podrían ser tratados como tipos penales independientes.

¿Nuestra legislación, contempla seis conductas de estafa consideradas como agravantes. En el presente artículo se analizará brevemente los aspectos más relevantes de aquellas que tienen mayor relevancia e impacto económico, y se encuentran ligadas de manera directa con las reformas del año 2019, las mismas que marcan el inicio de una nueva concepción para el delito de estafa en el Ecuador.

«(a) Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario». Este tipo de estafa agravada, en el Ecuador, coloquialmente, se lo conoce como *cambiazó*. Consiste en que el sujeto activo, obtiene por cualquier método, la tarjeta de crédito o débito del sujeto pasivo y, posteriormente, conociendo su clave personal, retira los fondos de la cuenta de éste. Sin embargo, este tipo penal contiene algunos problemas en cuanto a su tipificación, toda vez que contempla conductas que se encuentra tipificadas como delitos propios e independientes, como es el hurto y el robo cuyo bien jurídico protegido es la propiedad, lo que nuevamente lleva al conflicto de determinar, cuál es el bien jurídico protegido, cual es la naturaleza del tipo penal, y sus elementos esenciales.

Aparentemente, nuestro legislador, al establecer este tipo penal, considera que el engaño sería la suplantación de la identidad<sup>39</sup> del sujeto pasivo frente al banco, representado por un cajero automático. Este tipo penal ha sido criticado por la doctrina, principalmente, puesto que, en general, la estafa requiere que el engaño produzca «error en otro». De este modo, el cajero automático ni es otro ni tampoco incurre en error, dado que el error importa una falsa representación de la realidad y el aparato no tiene representación alguna. Además, el engaño al sustituir la clave personal del titular de la tarjeta, también resulta cuestionable.<sup>40</sup>

En cuanto al engaño, hay autores que han explicado que la justificación del legislador se apoyaría en el desvalor de la acción, toda vez que el uso fraudulento de la tarjeta se configura con la falta del consentimiento del titular.<sup>41</sup> También se ha propuesto justificar este tipo penal, recurriendo al desvalor del resultado, e indicando que el autor obra con el ánimo propio del hurto cuando quiere apropiarse de la cosa (tarjeta), pero con la finalidad y voluntad de apropiarse del valor que la cosa corporiza, es decir, el patrimonio que se encuentra en la cuenta del cliente al que se puede acceder con esa tarjeta. Sin embargo, este punto también fue cuestionado por que se amplía demasiado el tipo penal de hurto.<sup>42</sup>

38 Bajo Fernández, Miguel, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, op. cit., p. 105

39 Vid. En ese sentido el Código Orgánico Integral Penal, establece como delito independiente: «Art. 212.-Suplantación de identidad.- La persona que de cualquier forma suplante la identidad de otra para obtener un beneficio para sí o para un tercero, en perjuicio de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años».

40 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, España, Akal Editores, 1994, p. 195.

41 González Rus, Juan, «Del homicidio y sus formas», en Cobo Del Rosal, Manuel (coord.), *Derecho penal español, Parte especial*, España, Dykinson, 2005, p. 519.

42 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, op. cit., p. 196.

«(b) Defraude mediante el uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares». La segunda modalidad de estafa en el Ecuador se encuentra estrechamente relacionada con la primera modalidad de estafa agravada, toda vez que, en ésta, el sujeto activo del tipo penal, a través de algún dispositivo electrónico modifica estructuralmente los dispositivos originales de un cajero automático. Considero que esta modalidad del tipo penal se refiere únicamente a la manipulación de los componentes externos de los cajeros automáticos (hardware), toda vez que, si se tratará del software, en nuestra legislación se establecen tipos penales específicos para el tratamiento de delitos informáticos.<sup>43</sup> De igual forma que en el primer caso, no existe alteridad entre sujeto activo y sujeto pasivo en cuanto al engaño, no hay relación interpersonal entre ambos. Al carecer de esta relación, no se puede exigir el elemento esencial del error.<sup>44</sup> El engaño dependería de la alteración que sufra el cajero automático, por ejemplo, si está destinado a robar las claves de los clientes, o a retener el dinero que entrega la máquina.

Respecto a la primera y segunda modalidad de estafa agravada, se puede advertir cierta falta de técnica legislativa al establecer la palabra «defraudación»,<sup>45</sup> toda vez que en la doctrina se considera que defraudación es un término amplio, y se utiliza para referirse a varios delitos independientes, como en el caso español que su Código establece dentro de las defraudaciones a la estafa, la apropiación indebida, y defraudaciones electrónicas.<sup>46</sup> Sin embargo, pareciera que nuestra legislación se adapta a la definición literal de la palabra, o incluso se haya redactado haciendo referencia al hecho de que, en el delito de estafa, principalmente en las estafas agravadas del numeral primero y segundo, se encuentran tipificadas varias conductas.

«(c) Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor». La conducta de estafa agravada contenida en el numeral 5 del artículo 186, es bastante amplia y puede abarcar una gran cantidad de modalidades delictivas, principalmente por referir en términos abiertos a transacciones ficticias de cualquier valor. Se puede entender por transacción a una elevada variedad de servicios regulados por el Código Orgánico Monetario y Financiero que se realizan en las entidades que conforman el Sistema Financiero Nacional, por ejemplo, el retiro de fondos con libreta de ahorro, el cobro de cheques, el cobro de certificados de inversión, retiro con papeleta, retiros simulados,

43 *Vid.* En ese sentido el Código Orgánico Integral Penal, establece como delito independiente: «Art. 190.- Apropiación fraudulenta por medios electrónicos.- La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno o que procure la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos en perjuicio de esta o de una tercera, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años».

44 Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Cardenal Montraveta, Sergi; Fernández Bautista, Silva; Gallego Soler, José; Gómez Martín, Víctor y Hortal Ibarra, Juan, *Manual práctico de derecho penal, Parte especial, op. cit.*, p. 588.

45 *Vid.* En ese sentido, la Real Academia de la Lengua Española, define, «Defraudar: Privar a alguien, con abuso de confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de su derecho», consultado en, Banco de Datos en línea, <https://dle.rae.es/defraudar?m=form>, 2020.

46 González Rus, Juan, «Del homicidio y sus formas», en Cobo Del Rosal, Manuel (coord.), *Derecho penal español, Parte especial*, *op. cit.*, pp. 505 y 52; *Ibid.*, p. 516.

etc. Al encontrarse configurado de manera amplia, este tipo penal permite identificar de manera clara la intención del legislador para proteger el comercio y las actividades financieras expresadas en transacciones de diversa índole, esto debido a la importancia que representan para los actuales mercados nacionales e internacionales y la necesidad de que mantengan la confianza, y certeza de solidez, propias de toda transacción.

De esta manera, resultaría típica cualquier transacción de cualquier valor que tenga por finalidad defraudar a otra persona. Dependiendo el caso en concreto, este tipo penal sí permite configurar los elementos esenciales para el tipo penal de la estafa, puesto que, podría existir engaño, error y disposición patrimonial. En el derecho comparado, en el caso español, se tipifica la estafa respecto a la falsificación de cheques, toda vez que se refiere a un medio de pago y su fundamento se encuentra en la necesidad de reforzar la solvencia de éstos, dada su importancia para el tráfico jurídico y económico.

«(d) A través de una compañía de origen ficticio, induzca a error a otra persona, con el fin de realizar un acto que perjudique su patrimonio o el de un tercero». La estafa agravada contenida en el numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, fue introducida en las reformas del año 2016, y principalmente se refieren a aquellas conductas en donde el engaño se origina por la utilización de personas jurídicas para realizar algún acto que disminuya el patrimonio del sujeto pasivo. Un ejemplo de este tipo de conductas que motivaron la tipificación de este tipo de estafa en el Ecuador fue la utilización de compañías inmobiliarias que ofrecían proyectos de construcción con facilidades de pago muy convenientes para el mercado, de esa manera engañan a las personas para que inviertan y depositen dinero en las cuentas de esta persona jurídica, quien jamás realizaba proyecto alguno.

En este tipo penal, existe una apariencia de realidad contractual con una persona jurídica, pero el propio negocio constituye el engaño en cuanto el autor simula un propósito de contratar cuando realmente lo que quiere es aprovecharse de la apariencia de ser una empresa constituida, para obtener la contraprestación de la otra parte sin intención de cumplir.<sup>47</sup> De esta forma, se pueden encontrar los elementos esenciales del tipo penal de estafa y se podrían comprobar a través de los siguientes requisitos:

- (a) Utilización por parte del sujeto activo, de una compañía ficticia, como medio para producir el error en el sujeto pasivo e inducirle a que disponga en determinada forma de su patrimonio.
- (b) Un perjuicio patrimonial en el caso de concretarse el resultado y desde una perspectiva económica.
- (c) Ánimo de lucro del sujeto pasivo.

Respecto a la redacción de este tipo de estafa, se puede advertir que al utilizar la palabra «compañía ficticia», podría considerarse que se deja de lado a todas aquellas compañías que han sido constituidas legalmente con un objeto social, y que existen

47 Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Cardenal Montraveta, Sergi; Fernández Bautista, Silva; Gallego Soler, José; Gómez Martín, Víctor y Hortal Ibarra, Juan, *Manual práctico de derecho penal, Parte especial, op. cit.*, p. 596.

en el mundo jurídico como personas jurídicas, pero que no cumplen su objeto social y han sido utilizadas para fines delictivos. Lo mencionado anteriormente sería únicamente en referencia a la estafa agravada del numeral 6, toda vez que, al establecerse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en general y para el resto de las modalidades de estafa, claramente podría darse el caso de una empresa constituida y legal, sea declarada responsable y merecedora de una sanción penal.

Finalmente, vale mencionar que en el Ecuador, antes de la entrada en vigencia del COIP, existía una modalidad de estafa que consistía en sancionar a todas aquellas personas que realicen actividades de intermediación financiera y actividades restringidas para las instituciones del sistema financiero nacional, sin autorización de la Superintendencia de Bancos,<sup>48</sup> este tipo de estafas fueron judicializadas, llegando incluso a ser conocidas por la máxima corte del país, quien lastimosamente no ha desarrollado preceptos claros respecto a los elementos específicos del tipo penal de estafa en el Ecuador.<sup>49</sup>

## 2.2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de estafa

Una vez analizados brevemente los elementos esenciales que constituyen el delito de Estafa en el Ecuador, y cómo ha ido evolucionando en pro de proteger al mercado y a la sociedad en general, es fundamental analizar la reforma del año 2019, la cual considero conlleva el cambio más relevante respecto al delito de estafa en el Ecuador, y es que por primera vez se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la siguiente manera:

«Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general». La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador fue uno de los principales cambios que introdujo el Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, el mismo que establece el sistema de «*numerus clausus*»,<sup>50</sup> es decir, solo para ciertos delitos específicos que la ley expresamente establezca se admite la responsabilidad de las personas jurídicas. Sin embargo, al parecer el legislador de Ecuador, motivado en la importancia que el delito de estafa representa para el derecho penal económico, ha decidido incluir dentro de las posibilidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al delito de estafa y sus modalidades agravadas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas encuentra su fundamento en la protección a los derechos que el Estado debe garantizar a la sociedad frente a determinadas compañías y empresas que han desarrollado más poder adquisitivo que muchos

48 *Vid.* En ese sentido, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (derogada en el 2014), establecía: «Art. 121.- Las personas naturales o jurídicas que no forman parte del Sistema Financiero y no cuentan con el respectivo certificado expedido por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en la órbita de su competencia, quedan expresamente prohibidas de realizar operaciones reservadas para las instituciones que integran dicho sistema [...]. Las violaciones de lo preceptuado en el inciso anterior serán sancionadas de acuerdo a lo prescrito en el artículo 563 del Código Penal [...]».

49 Causa N.º 885-2009, RO E 28, publicado 24-VII-2013.

50 *Vid.* El Código Orgánico Integral Penal establece: «Art. 49.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados [...]».

países en vías de desarrollo.<sup>51</sup> La finalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es perseguir el libre mercado ni la libre competencia, tampoco ser un mecanismo de presión para conseguir beneficios económicos, por el contrario, busca que las empresas desarrollen programas de cumplimiento obligatorio para que, en el desarrollo de sus actividades, reduzcan el riesgo que enfrentan con determinados tipos penales.<sup>52</sup> Finalmente, la jurisprudencia y los órganos de justicia en el Ecuador, deben precautelar que no se abuse del derecho penal ni se haga extensiva su aplicación, ya que podrían darse casos en los cuales se pretenda vincular a las personas jurídicas con responsabilidad penal por asuntos que deben ser resueltos en el ámbito civil, y que pretenden dañar la imagen de las personas jurídicas, criminalizando su actividad comercial.

### 3. Conclusiones

Si bien, el análisis del delito de estafa es bastante amplio, se ha pretendido aportar brevemente y de manera general sobre la evolución del tipo penal, la misma que viene dada por la ampliación de las conductas penalmente reprochables y que pasan a ser parte del tipo general, finalmente sobre la motivación y las implicaciones que conlleva el establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador para el delito de estafa. Partiendo de que la industrialización, modernización y urbanización generan un aumento de criminalidad, incluyendo la criminalidad empresarial y económica,<sup>53</sup> se puede concluir que:

Primero. El tipo penal de estafa en el Ecuador ha evolucionado según el avance y la industrialización, reflejando la intención del estado por precautelar los derechos de las personas ante determinadas conductas reprochables.

Segundo. El legislador ha entendido la importancia de proteger el patrimonio como concepto amplio y universal en el Ecuador, por lo que pretende proteger la seguridad integral que se requiere para poder tener un mercado fuerte y competitivo.

Tercero. Las conductas descritas como agravadas en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal pueden ser catalogadas como delitos autónomos e independientes y, en algunos casos analizados, difícilmente se puede justificar su tipificación como estafa.

Cuarto. En el Ecuador, la jurisprudencia no aborda de manera detallada los elementos dogmáticos del tipo penal de estafa, tampoco hace referencia a las teorías de imputación al momento de emitir los fallos, lo que genera cierta inseguridad jurídica.

Quinto. Al establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador, las empresas y sociedades deben modificar internamente la forma en que conciben el giro de su negocio, estableciendo modelos de cumplimiento normativo que mitiguen los riesgos que genera ser sancionadas por el delito de estafa.

Sexto. La jurisprudencia en el Ecuador y los órganos judiciales deben precautelar que no se abuse del derecho y se pretenda criminalizar a las empresas dañando su imagen en el giro del negocio al que se dedican.

51 Ballesteros Sánchez, Julio, *Delincuencia empresarial, derechos humanos y seguridad humana reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa*, España, Universidad de Salamanca, 2019, p. 254.

52 *Ibid.*, p. 271.

53 Pérez Del Valle, Carlos, «Introducción al derecho penal económico», en Bacigalupo Zapater, Enrique (dir.), *Curso de derecho penal económico*, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2005, p. 21.

## Referencias

- Bacigalupo Zapater, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, España, Akal Editores, 1994.
- Bajo Fernández, Miguel, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, España, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.
- Ballesteros Sánchez, Julio, *Delincuencia empresarial, derechos humanos y seguridad humana: reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa*, España, Universidad de Salamanca, 2019.
- Blanco Lozano, Carlos, *Tratado de derecho penal español*, tomo II, El sistema de la parte especial, España, J. M. Bosch Editor, 2005.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Cardenal Montraveta, Sergi; Fernández Bautista, Silva; Gallego Soler, José; Gómez Martín, Víctor y Hortal Ibarra, Juan, *Manual práctico de derecho penal, parte especial*, España, Tirant lo Blanch, 2004.
- Chonchol, Jacques, «Impacto de la globalización en las sociedades latinoamericanas: ¿Que hacer frente a ello?», *Revista Digital Scielo*, visto en: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141998000300020](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000300020), 2020.
- De La Mata Barranco, Norberto, «El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), en *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- González Rus, Juan, «Del homicidio y sus formas», en Cobo Del Rosal, Manuel (coord.), *Derecho penal español, parte especial*, España, Dykinson, 2005.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, parte especial*, España, Tirant lo Blanch, 2004.
- Pérez Del Valle, Carlos, «Introducción al derecho penal económico», en Bacigalupo Zapater, Enrique (dir.), *Curso de derecho penal económico*, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2005.
- Pastor Muñoz, Nuria, «Delitos contra el patrimonio», en Silva Sánchez, Jesús, *Lecciones de derecho penal, parte especial*, España, Atelier, 2019.
- Tiedemann, Klaus, «Introducción», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- Tiedemann, Klaus, «La criminalite socio-economique», p. 749, citado por Fernández Albor, Agustín y Martínez Pérez, Carlos, *Delincuencia y economía*, España, Universidad Santiago de Compostela, 1983.
- Vogel, Joachim, «Eurodelito de estafa», en Arroyo Zapatero, Luis y Nieto Martín, Adán (coords.), *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- Vives Antón, Tomás; Orts Berengues, Enrique; Carbonell Mateu, Juan; González Cussac, Juan y Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal, parte especial*, España, Tirant lo Blanch, 2004.

## **Sentencias**

Resolución N.º 578-06, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, R. O. 20-II-2007.

Causa N.º 248-05, R. O. N.º 86 17-V-2007.

Causa N.º 885-2009, R. O. E 28, publicado 24-VII-2013.

Causa N.º 163-2010, Sala Penal, R. O., S.65 16-V-2016.

## **Cuerpos normativos**

Código Orgánico Integral Penal, R. O. 180, publicado 10-II-2014, última reforma 15-VIII-2019.

Código Penal del Ecuador, R. O., S.147 22-I-1971, derogado el 09-XIII-2014 (derogado en la actualidad).

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (derogada en la actualidad).