

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS



EL DELITO DE ESTAFA COMETIDO POR MEDIOS INFORMATICOS

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTADO POR:

IRIS MAGDALENA GARCÍA BAÑOS

MARVIN ALEXANDER MACHADO CASTRO

DOCENTE ASESOR:

LIC. VICENTE ORLANDO VASQUEZ CRUZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DE 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR
DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO
(PRESIDENTE)

LIC. JONATHAN NEFTALÍ FUNES ALVARADO
(SECRETARIO)

LIC. VICENTE ORLANDO VASQUEZ CRUZ
(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Nelson Bernabé Granados

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez

SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

FISCAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández

VICEDECANO

Msc. Juan José Castro González

SECRETARIO

Lic. Rene Mauricio Mejía Méndez

DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo

DIRECTORA GENERAL DE PROCESO DE GRADUACION

Lic. María Magdalena Morales

COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACION DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURIDICAS

AGRADECIMIENTOS

Primeramente quiero agradecerle a Dios Todopoderoso por ser mi guía y darme la sabiduría necesaria para culminar esta tesis.

A mi Amada Madre (Ana Gladys Castro) por brindarme siempre su apoyo y palabras de aliento para seguir adelante y pudiera culminar mi proceso de grado.

A mi primo (Ramiro Flores Castro) por ser como un padre y mostrarnos su ayuda incondicional en todo momento.

A mis hermanos (Luis y Jocelyn Machado) por su colaboración y compañía en todos estos años de carrera.

A mi compañera de tesis (Iris García) por el trabajo, la paciencia, y dedicación mostrada en el proceso de grado.

A mi asesor Msc. Vicente Vásquez por su aporte y colaboración durante nuestras asesorías.

A todos ellos, muchas gracias.

Marvin Alexander Machado Castro.

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios por su infinito amor, por guiarme en todo momento y permitirme culminar esta nueva meta en mi vida, ya que sé que sin sus infinitas bendiciones no hubiera sido posible lograrlo, ya que él es quien tiene el control de nuestras vidas.

Gracias a mi familia, a mis padres y mi abuela por apoyarme incondicionalmente, en todos los aspectos tanto económicos, emocionales, etc., por ser quienes día a día me motivaron a culminar la carrera y no darme por vencida en ningún momento, ya que con ello me han dado las herramientas para poder salir adelante como persona y poder desarrollarme como profesional.

Gracias a mi novio por ser quien me ha brindado su apoyo incondicional en todo momento, por creer en mi capacidad, por estar presente durante toda esta etapa tan importante de mi vida sin importar las circunstancias o dificultades que se presentaran, por buscar y ofrecerme lo mejor, por su comprensión y amor en los altos y bajos.

Gracias a mi compañero de tesis por formar parte de esta etapa tan importante, por su amistad, por su comprensión aun en los momentos más estresantes, por luchar y esforzarse para poder lograr culminar esta etapa a pesar de los obstáculos que se nos presentaron.

Iris Magdalena García Baños.

INDICE

RESUMEN.....	ix
INTRODUCCION.....	ii
ABREVIATURAS.....	v
CAPITULO I.....	i
ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO ESTAFA, Y LAS PRIMERAS REGULACIONES EN LOS DISTINTOS CÓDIGOS PENALES DE EL SALVADOR .	1
1. Evolución Histórica del Delito de Estafa.....	1
1.1. Derecho Romano.....	2
1.1.1. El Crimen Falsi	3
1.1.2. La Actio Doli.....	5
1.1.3. El Crimen Estelionato	6
1.2. Edad Contemporánea.....	9
1.2.1 El Fuero Juzgo.....	11
1.2.2. El Fuero Real.....	12
1.2.3. Leyes del Estilo.....	13
1.2.4. Las Siete Partidas.....	14
1.2.5. Ley de Indias	15
1.2.6 Código de la India Imperial	16
1.3.Periodo Contemporáneo.....	18
1.4.Evolución Histórica del delito de Estafa en la Legislación Penal de El Salvador, con énfasis en la estafa realizada por medios informáticos	20
1.4.1. Código Penal de El Salvador de 1826.....	21
1.4.2. Código Penal de El Salvador de 1859.....	22
1.4.3. Código Penal de El Salvador de 1881.....	24
1.4.4. Código Penal de El Salvador de 1904.....	25
1.4.5. Código Penal de El Salvador de 1974.....	26
1.4.6. Código Penal de El Salvador de 1998.....	28
1.5. Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras	29
1.6. Ley Especial Contra Los Delitos Informáticos y Conexos	31
1.7. Legislación Internacional aplicable al delito de estafa cometida por medios informáticos.....	34
1.7.1. Convenio sobre la Ciberdelincuencia.....	34

CAPITULO II.....	38
FUNDAMENTO DOCTRINARIO Y JURÍDICO DEL DELITO PENAL DE ESTAFA .	38
2.1. Generalidades del Delito de Estafa.....	38
2.1.1. Definición del Delito de Estafa	38
2.1.2. Definición Doctrinaria	38
2.1.3. Definición Legal	41
2.1.4. Definición Jurisprudencial	43
2.2. Bien Jurídico Protegido.....	45
2.2.1 Teorías sobre el Concepto de Patrimonio	48
A) Concepto Jurídico de Patrimonio.....	48
B) Concepto Económico de Patrimonio.....	49
C) Concepto Mixto o Económico-Jurídico de Patrimonio.....	50
D) El llamado Concepto "Personal" de Patrimonio.....	51
2.3. Elementos del tipo penal de Estafa.....	53
2.3.1. Elemento Objetivo.....	53
2.3.2. Elemento Subjetivo	63
2.3.3. Relación entre los elementos objetivos y subjetivos del Delito de Estafa	67
2.4. Sujeto Activo y Sujeto Pasivo del Delito de Estafa	68
2.5. Consumación.....	69
CAPITULO III.....	77
DELITO DE ESTAFA COMETIDO POR MEDIOS INFORMATICOS Y SUS DIFERENTES CONDUCTAS DEFRAUDATORIAS	77
3.1. Delito de Estafa por medios informáticos	77
3.2. Conductas Específicas de Estafa por medios informáticos	84
3.2.1 Obtención de los datos o claves de acceso (incluidos números y claves de tarjeta de crédito o débito) a determinados servicios y uso indebido de los mismos	85
3.2.1.1. Sustracción de claves de acceso sin el consentimiento de la víctima (Spyware)	85
3.2.1.2. Obtención fraudulenta de claves: Donde la propia víctima la que, sin saberlo, hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones (Phishing).....	88

3.2.1.2.1 El Pharming o Dominio Falso.....	90
3.2.1.3 La Banca On-Line.....	91
3.2.1.4. Estafas en el comercio electrónico.....	93
3.3. Delito de Estafa previsto y sancionado en el artículo 216 numeral 5 del Código Penal.....	95
3.4. Delito de Estafa informática previsto y sancionado en el artículo 10 de la Ley Especial contra Delitos Informáticos y Conexos.....	101
3.4.1. Ánimo de lucro.....	102
3.4.2. Manipulación informática.....	103
3.4.3. Transferencia de activo patrimonial.....	104
3.4.4. Perjuicio patrimonial.....	105
3.5. Posibilidad de Subsunción de las Conductas Fraudulentas ejecutadas a través de internet en el modelo de estafa contenida en el Código penal y en la Ley Especial Contra Delitos Informáticos y Conexos.....	105
CAPITULO IV.....	109
DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA EN EL SALVADOR SOBRE LA ESTAFA POR MEDIOS INFORMATICOS.....	109
4.1. España.....	110
4.1.1. Calificación Jurídica del <i>phishing</i> como estafa informática en España.....	120
4.2. Alemania.....	122
4.3. Estados Unidos.....	129
4.4. Italia.....	134
4.5. Nicaragua.....	136
4.5.1. Código Penal de Nicaragua.....	137
4.5.2. Elementos del delito de Estafa.....	138
4.6. Costa Rica.....	140
4.7. Semejanzas y Diferencias.....	143
4.7.1. Semejanzas.....	143
4.7.2. Diferencias.....	144
4.8 Estudio Jurisprudencial de casos de estafa regulada en los artículos 215 en relación al artículo 216 numeral 5 del Código Penal, cuando es cometida por manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos.....	145

4.8.1. Resolución con referencia INC-96-11-8-ML., procedente de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador.....	146
4.8.2. Resolución con referencia INC- 208-13-2, procedente de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador.....	149
CAPITULO V	161
IMPLEMENTACION DE PROPUESTAS ENCAMINADAS A UNA EFICAZ PERSECUCIÓN PENAL CONTRA EL DELITO DE ESTAFA COMETIDA POR MEDIOS INFORMATICOS	161
CONCLUSIONES	164
RECOMENDACIONES.....	166
BIBLIOGRAFIA.....	167

RESUMEN

La presente investigación nace a la luz del surgimiento de las nuevas formas de criminalidad defraudatorias derivadas de uso inadecuado de las nuevas tecnologías de la información, o específicamente del uso fraudulento de los sistemas informáticos; en ese sentido se realizó en un primer momento un estudio acerca del delito de estafa regulado en el artículo 215 en relación al artículo 216 numeral 5 del Código Penal Salvadoreño, cuando esta fuera realizada por manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos, con la finalidad de reconocer las posibilidades que ofrece dicho artículo, para encauzar los nuevos comportamientos defraudatorios realizados por medios informáticos como: el *pharming*, *phishing*, *spyware*, *la banca on-line*, *estafas en el comercio electrónico*; o si a raíz de lo anterior será necesaria la aplicación de una Ley especial contra delitos informáticos y conexos la cual está vigente desde el año dos mil dieciséis, que regula las conductas constitutivas de Delitos informáticos, entre ellas al delito de Estafa informática.

En relación a lo anterior fue necesario realizar un estudio jurisprudencial de los casos, en los cuales la estafa haya sido cometida por manipulación que interfiera el resultado de un procedimiento o transmisión informática de datos, con el propósito de establecer como los jueces, fundamentan, interpretan y aplican la norma al caso concreto, y posteriormente realizar un análisis a la luz del derecho comparado, que nos permita identificar la regulación y aplicación del delito de estafa cometida por medios informáticos; para finalizar con un análisis acerca de las dificultades que cuenta el estado para combatir los delitos informáticos.

INTRODUCCION

La presente investigación trata sobre el delito de Estafa cometida por medios informáticos, el cual es un tema de actualidad en razón de que las Tecnologías de la Información y comunicación (Tics), actualmente ha penetrado todos los ámbitos de la sociedad y este impacto de la informática, ha planteado nuevos problemas e interrogantes, que ha requerido desde el ámbito del derecho la elaboración de respuestas adecuadas para la persecución penal principalmente de aquellas conductas defraudatorias derivadas de uso inadecuado de los sistemas informáticos con fines lucrativos.

Por lo que se realiza un estudio acerca del delito de estafa regulado en el artículo 215 en relación al artículo 216 numeral 5 del Código penal Salvadoreño, cuando esta fuera realizada por manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o trasmisión informática de datos, con la finalidad de reconocer las posibilidades que ofrecen dichos artículos, para encauzar los nuevos comportamientos defraudatorios realizados por medios informáticos como: el *pharming*, *phishing*, *spyware*, *la banca on-line*, *estafas en el comercio electrónico*; o si a raíz de lo anterior será necesaria la aplicación de Ley especial contra delitos informáticos y conexos la cual está vigente desde el año dos mil dieciséis, que regula las conductas constitutivas de Delitos informáticos, entre ellas al delito de Estafa informática.

Por lo que se pretende en apoyo a lo descrito en los párrafos precedentes, verificar si la Fiscalía General de Republica y Policía Nacional Civil, cuenta con una unidad o departamento encargado de

investigar, descubrir y dar persecución a las conductas ilícitas que se consideran delitos informáticos, específicamente las estafas cometidas por medios informáticos, en razón de establecer el tratamiento jurídico-penal de los mismas. Asimismo realizar un estudio jurisprudencial de los casos, en los cuales la estafa haya sido cometida por manipulación que interfiera el resultado de un procedimiento o transmisión informática de datos, con el propósito de establecer como los jueces, fundamentan, interpretan y aplican la norma al caso concreto, y por ultimo realizar un análisis a la luz del derecho comparado, que nos permita identificar la regulación y aplicación del delito de estafa cometida por medios informáticos.

En consecuencia, el presente trabajo de grado está desarrollado en cinco capítulos los cuales se desglosan de la siguiente manera:

Capítulo uno, que trata sobre el origen y evolución histórica del delito estafa y las primeras regulaciones en los distintos códigos penales salvadoreños.

Capitulo dos, el cual contiene las generalidades, y fundamento doctrinario y jurídico del delito de estafa, en lo que respecta a la definición doctrinal, legal y jurisprudencial del delito de estafa, bien jurídico protegido y sus diferentes teorías, elementos objetivos y subjetivos del delito de estafa, sujetos, consumación y Legislación nacional e internacional aplicable al delito penal de estafa, y el tema de estafa cometida por la manipulación de medios informáticos.

Capitulo tres, el cual desarrolla el tema del Delito de Estafa cometido por medios informáticos y sus diferentes conductas defraudatorias, donde se establece que es el delito de estafa por medios informáticos; cuales son las conductas defraudatorias como el pharming, phishing, spyware, la

banca on-line, estafas en el comercio electrónico; estudio del el delito de estafa previsto y sancionado en los artículos 215 en relación al artículo 216 numeral 5, del código penal; y la estafa informática prevista y sancionada en el artículo 10 de la Ley especial contra delitos informáticos y conexos; y la posibilidad de subsunción de las conductas fraudulentas ejecutadas a través de internet en el modelo de estafa regulada en el código penal, la Ley especial contra delitos informáticos y conexos;.

Capítulo cuatro, que trata sobre el estudio de La Estafa por medios informáticos en el Derecho Comparado.

Capítulo cinco, enfocado principalmente en realizar una propuesta encaminada a una eficaz persecución penal contra el delito de estafa cometida por medios informáticos, donde se señalan cuales las deficiencias con que cuenta la policía nacional civil, fiscalía y jueces, para enfrentar las conductas defraudatorias cometidas por medios informáticos.

ABREVIATURAS

a.C.	Antes de Cristo
A.L.	Asamblea Legislativa
Art.	Artículo
C.n.	Constitución de la República
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
Cód. Pn.	Código Penal
Pr. Pn.	Procesal Penal
T.S.	Tribunal Supremo

SIGLAS

CCIPS	Computer Crimes and Intellectual Property Section (Sección de Delitos Informáticos y Propiedad Intelectual)
FCIC	Federal Computers Investigation Committee, (Comité Federal de Investigación de Computadoras)
IACIS	Asociación Internacional de Especialistas en Investigación Computacional
INPUT	en un sistema o un programa informático.
LEPSIA	Ley Especial Para Sancionar Infracciones Aduaneras
TIC	Tecnologías de la información y de las comunicaciones

CAPITULO I

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO ESTAFA, Y LAS PRIMERAS REGULACIONES EN LOS DISTINTOS CÓDIGOS PENALES DE EL SALVADOR

En el presente capitulo se desarrolla lo relativo al origen y evolución histórica del delito de estafa, comenzado desde el derecho Romano, hasta el periodo contemporáneo; para posteriormente realizar un estudio sobre los diferentes códigos penales que han existido en El Salvador, cuya finalidad será establecer los diferentes cambios efectuados en torno a la regulación y sanción del delito de Estafa, y a la vez se hará referencia a legislación nacional e internacional que regula los Delitos informáticos, destacando principalmente al delito de Estafa informática.

1. Evolución Histórica del Delito de Estafa

En lo que respecta al desarrollo histórico del delito estafa, se evidencia un largo recorrido a través del tiempo, destacando por ello, las diversas denominaciones que la doctrina de los diferentes países le han asignado. En ese sentido, *Francesco Carrara*, ha determinado que este delito, excepto las diferencias en su definición, es lo que los franceses llamaron “*escroquerie*”, los españoles “*estafa*”, que equivale a “*escroquerie*” y a “*engaño*”; los portugueses “*trampa*” o “*burla*”; y que el legislador Italiano de 1853, quiso apellidar “*fraude*”, abandonando también en este punto el lenguaje clásico que por tantos siglos les había servido a la escuela y a la práctica italiana.

“Respetamos¹ las opiniones ajenas decía el gran jurista italiano, más preferimos seguir en la teoría dándole a este delito el nombre de “*estelionato*”², el cual será objeto de estudio en párrafos posteriores; debido a que la palabra “fraude”³ indica tan solo un elemento del hecho (aunque sea el principal), y no su objetividad verdadera, por lo cual se hace más sensible en esta parte.

Expuesto lo anterior, es necesario referirse a otros datos históricos que unificados a los anteriormente señalados, sumarian otros elementos importantes sobre el surgimiento del delito de estafa; en ese sentido Finzi Conrado, realiza un recordatorio referente a que el fraude no solo fue castigado por las *leyes romanas*, sino también por otras legislaciones, algunas de las cuales pertenecen a la más remota antigüedad, donde previeron disposiciones contra el fraude y sus distintas modalidades, por ejemplo: la Ley *Babilonica de Hammurabi* (siglo XX a.c), y el *Avesta persa*, el *libro del profeta Amos*, el *Corán*, y los *códigos de Manu*⁴.

1.1. Derecho Romano

El origen de lo que actualmente se conoce como estafa se encuentra en la legislación romana siendo su punto de partida específicamente en dos figuras jurídicas, por un lado el “*crimen falsi*” que se funda en la Lex Cornelia Testamentaria Nummaria y por otro el “*actio doli*”, que era una acción de

¹ Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, vol. VI, (Buenos Aires: De palma, 1966), 415.

² Rosa Mentxaka Elexpe, significado de “*El estelionato*”: *Stellionatus*”, *Bullettinodell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, (Roma: Volumen No. XXX 1988), 327-328.

³ Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, 415.

⁴ Finzi, Conrado A., *La Estafa y otras defraudaciones según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales Italianos, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia*, (Buenos Aires: De palma, 1961). 15.

carácter civil destinada únicamente para los casos donde la astucia fuera grande y evidente “magna et evidens calladitas”⁵

1.1.1. El Crimen Falsi

Es de destacar que lo sobresaliente del Derecho Penal de la Roma arcaica sea el carácter público del delito y el entendimiento de la pena como reacción pública contra el delito.” Este tipo de delito atacaba directa o indirectamente el orden público, la organización política o la seguridad del Estado. En otro aspecto, además de los casos más importantes del “*crimen falsi*”, como los de *falsedad testamentaria, documentales y monetarios*, habían otros que resultaban de leyes, senados y constituciones diversas que representaban en general, un conglomerado de especies criminosas diferentes, gran variedad que dificulta la determinación de los elementos jurídicos que integraban el “crimen falsi”.

En Roma también se hacía referencia al fraude en el falso testimonio, el cohecho en juicios por jurado y la compra de votos en las elecciones aunque aparentemente no estén relacionadas esas tres figuras, tienen en común algo que con ciertas modificaciones va a persistir: *el término fraude es más que un simple engaño*. Es algo que destruye una expectativa, una confianza o una creencia.⁷ En ese margen de ideas cuando aparece la ley de

⁵ Jesús Zamora Pierce, “*El Fraude*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, (Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1991), 171, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revistas/resulart.htm>. 171

⁶ Ariel David Busso, “*El Crimen de Falso*” en *el derecho canónico, (Anuario Argentino de Derecho Canónico Vol. XXI, 2015)*. 116. Según Ariel Busso el “crimen de falsi” hace referencia al acto impulsado por la voluntad de producir con palabras y/o con hechos lo contrario a la verdad de las cosas y de las personas. Se trata fundamentalmente a las mentiras en todas sus formas. Es un hecho producido por la voluntad que deforma la verdad que reside en su entendimiento.

⁷ Francisco Castillo González: “El delito de estafa”, (San José, Costa Rica: Ed. Jurídica Continental, 2013). 26.

las XII Tablas; ya codificado el Derecho Romano se compilan todos los delitos que se consideraban atentatorios a la seguridad pública originándose de esta forma el grupo de delitos comunes de aquella época.

También se toma en cuenta el falso testimonio, el *furtum*⁸, la hechicería, etc. Al revestir este tipo de delitos un interés de carácter público, la persecución de éstos se vuelve de oficio, regulando también esta misma ley los delitos que ocasionaban un perjuicio particular, con lo cual se logró limitar un poco la venganza privada.

“Posteriormente aparece por obra de Sila La Lex Cornelia Testamentaria Nummaria (Lex Cornelia de Falsis) 9, creando el crimen falso,” esta resultaba insuficiente para cubrir otros casos de fraude, especialmente en aquellos que una persona había sufrido un perjuicio patrimonial mediante engaño de cierta gravedad; la protección jurídica se obtuvo poco a poco, ampliando la aplicación de la “*exceptio doli*”, de modo que lo que se concedió con carácter extraordinario, se transformó en algo más corriente y ciertos fraudes comenzaron a ser previsibles, sin que pudiera ya decirse que entraran en la esfera del Derecho Público.

Pugliese (citado por Moncayo) explica que “el contenido de la *Lex Cornelia de falsis*, se amplió durante el Principado por exigencias inherentes,

⁸ Francisco Candil Jiménez, “En torno al *Fortum Possessionis*”, (Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 33, N. 2, 1980). 23. El *furtum*, según expone el profesor de Sevilla, *Candil Jiménez*, abarcaba varias formas de agresión al derecho prendario, como los casos en los cuales el deudor despojaba al acreedor prendario, quien tenía derecho a poseer la cosa hasta la extinción del crédito garantizado, o frente al poseedor de buena fe que tenía derecho a no ser desposeído más que judicialmente, entre otros casos. El mismo autor resalta que el elemento subjetivo que prevalecía en este era la intención de lesionar el derecho prendario.

⁹ José Manuel Valle Muñiz, “*El Delito de estafa y su Delimitación Jurídico Penal con el Fraude Civil*”, (Barcelona, Bosch, 1987). 26.

no al nuevo orden de intereses del Estado, sino al desarrollo de la economía y al correspondiente desarrollo del derecho privado”¹⁰.

1.1.2. La Actio Doli

Esta figura como todas las antes mencionadas carecía de identidad propia, debido a que no se manejaba un concepto uniforme de lo que es el dolo, no obstante que existía alguna claridad en cuanto a identificar este elemento como parte subjetiva del tipo penal.

“El dolo como voluntad antijurídica del agente se remonta a la Ley de las XII Tablas,”¹¹ “Esta Acción de carácter penal (ex delicto) que se interponía y se solventaba en vía civil presenta dos notas esenciales: En primer lugar, su carácter genérico, es decir, la ausencia de determinación de los hechos o conductas que daban a su interposición y era el Magistrado cabeza del Tribunal, quien a su arbitrio consideraba o no la procedencia de reprimir penalmente la conducta denunciada.

Por otra parte, la acción de dolo presenta la nota inequívoca de subsidiariedad¹². Esto, solo precedía en el supuesto de ausencia de cualquier otro auxilio jurídico, tanto de los provenientes de delito como de los restantes.” En este sentido el autor se refiere a los delitos que eran confusos determinar si era un acto civil o un acto penal.¹³

¹⁰ Socorro Rodríguez Moncayo: “El delito de falsedad en el Derecho Romano”, Revista Letras jurídicas, No. 2 julio-diciembre (2000): 122

¹¹ Alejandro Marzal del Toro, A. “*Premeditación y Dolo en el Derecho Romano, Germánico-Romano y Eclesiástico*”. 270.

¹² Agustín W., Rodríguez, Beatriz Galetta de Rodríguez. *Latín Jurídico, Locuciones latinas de aplicación jurídica actual*, (ed. García Alonso, Buenos Aires, 2008). 19.

¹³ Christian Matthias Theodor Mommsen, “*Derecho Penal Romano*”, (ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1991). 403.

1.1.3. El Crimen Estelionato

De esta forma, en el segundo siglo de la era cristiana aparece el “*estelionato*”¹⁴, en la época imperial, durante el Gobierno de Antonino Pío¹⁵. De acuerdo con los registros, su desarrollo más importante se produjo en el último tercio del Principado, en la última parte del siglo III, cuando llegaba a su fin esta forma de gobierno. Establecer con exactitud la fecha de su nacimiento es tarea demasiado pretenciosa, sin embargo, Rosa Mentxaka, sostiene que a partir del estudio de fragmentos -de textos- de juristas clásicos tardíos como Papiniano, Paulo, Ulpiniano y Modestino, es posible señalar el siglo III como la época en la que se desarrolla la figura, ya que la mayoría de las fuentes datan justamente de ese siglo¹⁶.

El estelionato surge como un *crimen extraordinario* orientado a la protección del acreedor pignoraticio, de aquel que recibía una garantía por el crédito que otorgaba; aunque como se verá más adelante, no se limitaba a eso. Al tratarse de un crimen extraordinario, no era posible encontrarlo en la legislación de la época (las doce tablas)¹⁷. Los hechos o las conductas susceptibles de encontrar condena por este crimen fueron determinados

¹⁴ Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, 419. Al estelionato, Carrara lo define como el stellion o salamandra, animal de colores indefinibles, pues varían ante los rayos del sol, lo que sugirió a los romanos el nombre de stellionatus; dicha denominación indica claramente, la imprecisión de su naturaleza variable e indecisa por su constante mutación de color; imprecisa era también su sanción ya que por tratarse de un crimen extraordinario, se le asignaba una pena arbitraria, en virtud de la presencia de un dolo lesivo, con finalidades de complemento a figuras no especificadas. Este delito comprendía lesiones patrimoniales fraudulentas no previstas anteriormente. El delito era aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena, que fluctuaba entre la falsedad y el hurto, y que aunque participaban de las condiciones de una y de otro, no eran propiamente, ni el uno ni el otro.

¹⁵ Carlos Humberto Reyes Mónico, “Estelionato” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1980). 81

¹⁶ Mentxaka, “*Stellionatus*”, *Bullettinodell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 327-328.

¹⁷Ibid, 279.

poco a poco por los pretores¹⁸ y se referían a diversas conductas que atacaban la propiedad.¹⁹

Además de extraordinario, el crimen tenía la condición de subsidiario, al castigarse por estelionato las conductas fraudulentas que no tuvieran un supuesto definido en la ley, a pesar de esto, la delincuencia se manifestaba con regularidad.²⁰

Otros autores no profundizan sobre dichos supuestos y se refieren al *estelionato*, de manera general, como lo hace el Doctor Zamora Pierce, quien afirma que por este crimen se sancionaba multitud de hechos cometidos en daño de la propiedad, los cuales “variaban entre la falsedad y el hurto, participando activamente de las condiciones de la una y del otro sin ser propiamente ni lo uno ni lo otro²¹”. La afirmación del Dr. Zamora en general es de acuerdo común en doctrina debido a que el comportamiento ataca injustamente la propiedad ajena mediante el uso de engaños, caracteres propios de la falsedad y el hurto, los cuales se hacen evidentes en los supuestos que originalmente fueron tratados como estelionato.²²

El texto de Ulpiano antes referido confirma lo señalado en las primeras líneas en cuanto a la existencia de acciones en el ámbito civil vinculadas a la persecución del comportamiento delictivo en estudio, también, permite traer a colación un aspecto muy importante en relación con origen del crimen, el

¹⁸ Según el Diccionario de la Real Academia Española, Pretor es aquel Magistrado Romano que ejercía Jurisdicción en Roma o en las provincias.

¹⁹ Mentxaka “*Stellionatus*”, *Bullettinodell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 328-329

²⁰ María del Refugio González Domínguez, “Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca en el derecho romano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 40 enero-abril (1981): sección antecedentes y evolución del pignus, párr. 3, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/40/art/art5.pdf>

²¹ Pierce, “El Fraude”, 51.

²² *Ibid.*

cual es que el estelionato surge como una acción subsidiaria por causa de injusticias en el procedimiento civil y después se traslada al campo penal²³, tal como lo advierte el autor Mommsen:

Lo referido por Theodor Mommsen cobra importancia porque las referencias presentadas hasta aquí sugieren que el “estelionato” era un delito, propio del campo penal, cuando en realidad no pertenecía a los juicios públicos ni a las acciones privadas; era más bien un crimen extraordinario, originado por la aplicación de la *cognitio extraordinem*²⁴, procedimiento cuyas características se revisarán en el próximo apartado.

En consecuencia, *el estelionato* era considerado como una acción subsidiaria que el pretor concedía por causa de injusticia, que se trasladó del derecho civil al derecho penal por la práctica de los tribunales. El cambio o transferencia no operó a nivel estrictamente sustantivo, sino a nivel procesal, ya lo decía Rosa Mentxaka al afirmar que el estelionato es un delito nacido de la aplicación de la *cognitio extra ordinem* (procedimiento extraordinario).²⁵

A manera de síntesis: *El estelionato surge en el derecho romano como un crimen subsidiario y extraordinario, dado que los hechos que posibilitaban la configuración de este crimen eran diversos; uno de los supuestos de hecho era la prohibición de dar en garantía bienes gravados como si estuvieran libres; las causas de su origen no están del todo claras, pero es un hecho que su objetivo era ampliar el espectro de protección del acreedor pignoraticio; de tal manera que para juzgar un hecho por este crimen, debía acudirse al procedimiento extraordinario, también surgido en la época*

²³ Theodor, “Derecho Penal Romano”, 426.

²⁴ Ibid, 427

²⁵ Mentxaka Elexpe, “Stellionatus”, *Bullettinodell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 329.

imperial. La sentencia dictada podía apelarse y la pena por imponer dependía de la condición social del acusado.

Por lo expuesto en los acápites anteriores se infiere efectivamente, que el “estelionato” comprendía lo que se denomina actualmente delito de estafa, ya que permitía acusar a los que procedían con dolo si el hecho delictuoso cometido no tenía otra denominación especial; ya lo decía Ulpiano que: "donde falta el nombre del delito, acusaremos de estelionato, y como en general ha dicho, faltando la denominación del delito, tiene lugar esta acusación criminal y no hay necesidad de expresar la especie del delito"; pero la diferencia, entre el derecho romano y nuestras leyes, no obstante, el origen de éstas en relación con aquéllas, es que en Roma, se generalizaba la figura de la Estafa, pudiendo confundirse con otras figuras delictivas, en cambio, actualmente, la Estafa tiene sus propios elementos y requisitos, que lo distinguen de cualquier otro hecho delictivo, pues está tipificada en el Código Penal Salvadoreño, tópicos que posteriormente se abordaran.

1.2. Edad Contemporánea

Es así que solo a principios del siglo XIX, se logra la separación del fraude, como delito contra el patrimonio, de las falsedades, que protegen la fe pública; en esta creación de un concepto genérico del fraude tiene importancia la Ley Francesa de julio de 1791, que inspiró el artículo 405 del Código Francés Napoleónico de 1810, conforme al cual, comete el delito de *escroquiere* “*cualquiera que, haciendo uso de falsos nombres o falsas calidades, o empleando maniobras fraudulentas para persuadir de la existencia de falsas empresas, de un poder o un crédito imaginario, o para hacer nacer esperanza o temor de un suceso, o accidentes, o de cualquier otro evento irreal, se hace remitir o entregar o ha intentado hacerse remitir o*

*entregar, fondos, muebles u obligaciones, disposiciones, billetes, promesas, recibos o descargos, y que, por cualquiera de estos medios, estafa o intenta estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro.”*²⁶

En tal sentido, quedó para la segunda mitad del siglo XIX, en lograr un concepto genérico de fraude, el Código Penal Alemán de 1871, en su párrafo 263, *dispone que comete el delito de fraude quien, con la intención de procurarse asimismo o a un tercero, un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro, provocando, o no evitando, un error, bien por la simulación de hechos falsos o bien por la desfiguración u ocultación de hechos verdaderos*²⁷.

Por su parte el Código Penal Suizo en su artículo 146, establece que comete el expresado delito *el que, con el deseo de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, astutamente induce en error a una persona mediante afirmaciones engañosas o disimuladoras de hechos verdaderos, o explota el error en que esta se halla, determinándola a realizar actos perjudiciales a sus intereses pecuniarios o a los de un tercero*²⁸

“En el Derecho Canónico, se encuentra una que otra disposición relativa a casos auténticos de fraude. En tanto que en España, en el Fuero

²⁶ Pierce, “El Fraude”, 173.

²⁷ Jorge Eduardo Buompadre, *Estafa y otras Defraudaciones*, (Buenos Aires, Argentina, LexisNexis, 2005). 19. Ese mismo camino siguieron los Códigos italianos de 1889 y 1930, conforme a cuyo artículo 640 truffa, quien, con artificios o engaños, induciendo a alguno a error, procura para sí o para otro un provecho injusto con daño ajeno.

²⁸ Pierce, “El Fraude”, 174. El legislador español, quien durante largos años mantuvo el sistema de enumerar en el Código casos específicos de fraude, sin dar un concepto general de delito, ha dado, finalmente, oídos a las críticas de la doctrina y, por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, da reforma Urgente y Parcial del Código Penal, y ha reformado el artículo 528, para disponer que “cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de terceros”.

Juzgo, por influencia eclesiástica, dada la unidad del precepto divino infringido, se identifica en un sólo precepto y pena, a los ladrones y falsarios de metales preciosos, donde se dice: "quien toma por labrar lo falso, sea justiciado como ladrón". De ahí que, en el Medioevo español, surgieron una diversidad de opiniones y sucesos históricos políticos en búsqueda de una unificación en una España disgregada, es así que los históricos del derecho en su curiosidad han encontrado documentos que de indudable manera contribuyeron a construir la moderna idea del delito de estafa, por ello se enumeran los siguientes: Fuero Juzgo, Fuero Real, Leyes del estilo, Las Siete Partidas y Ley de Indias.²⁹

1.2.1 El Fuero Juzgo

Es el más antiguo de los códigos españoles, se la ha denominado también como libro de los Jueces, Código de los Visigodos (codex visigotorum), en él se hizo una fusión de la ley visigoda y la romana.³⁰ Fue dictado a finales del siglo XIII y principios del IX, y es obra sucesiva de los reyes godos, cuya denominación término con el triunfo de los árabes en Guadalete, sobreviviendo no obstante su legislación. Fue compilado en el famoso XVI concilio de Toledo y escrito primeramente en latín, fue traducido en lengua romana en abril de 1241, por orden de Fernando III, llamado el Santo para darlo como fuero Municipal a Córdoba; consta de doce libros que tratan de multitud de materias, derecho civil político, penal, eclesiástico, etc.³¹

²⁹ Claudia Rubenia Arias Vanegas, et al, El delito de estafa en la legislación penal salvadoreña, (Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Noviembre, 2005). 20.

³⁰ Miguel Alberto Trejo Escobar, *Derecho Penal Salvadoreño Vigente. Antecedentes y movimientos de Reforma*; (Ed San Salvador; Talleres Gráficos UCA; 1995). 13

³¹ Napoleón Rodríguez Ruiz, *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*; (Ed Universitaria; San Salvador). 53

En la Edad Media, a través del Fuero Juzgo generalmente se castigaban ciertos delitos, los cuales eran: la hechicería, adivinación, avenamiento, lesiones, homicidio, robo, venta de hombres, daños, fuerza, etc. Este Código tuvo especial importancia, porque fue la Ley personal de los cristianos durante la dominación musulmana; su vigencia todavía duro en los últimos tiempos de la colonia.³²

El Fuero Juzgo conocido también como *liber in dicio* en este documento no confunde la falsedad con la defraudación sino que se generalizaban todas las conductas en las falsarias, como se expresa en la ley III, título XII, Libro VII “quien toma oro por labrar, e lo falsa o lo ennade otro meralqualquiere, sea justiciado cuemo ladrón”; así como se asimilaban a los hurtos y robos.³³

1.2.2. El Fuero Real

El Fuero Real tuvo su origen en el fuero de castilla; el triunfo de los árabes trajo consigo la destrucción de la unidad religiosa y legislativa, y el fuero juzgo ya no puede aplicarse en España. Conforme los reyes cristianos recuperaban los territorios que les habían sido arrebatados, y daban libertad a los pueblos, les conferían a estos privilegios y leyes especiales, principalmente en cuanto a tributos y gravámenes. Esas leyes municipales constituyen los llamados fueros, y corrientemente carta puebla. Y el más importante de todos es el fuero viejo de castilla que confería grandes privilegios a la nobleza. Sancionado en el reino de Alfonso X, pero fue derogado por este después, y quien promulgo el fuero real terminando en 1255; luego este fue derogado en parte en 1272, restableciendo el fuero

³²Jorge Sol Castellanos; “Historia de la Legislación Penal Salvadoreña”, n. 3 y 4; (1947): 37

³³ Ibid.

viejo. El ordenamiento de Alcalá, vino a restablecerlo, el fuero real se divide en cuatro libros que trataban de derecho civil, procesal y criminal.³⁴

1.2.3. Leyes del Estilo

Llamadas también “declaración de las leyes del fuero” son un comentario o declaración del fuero real en materia de procedimiento y penalidad. Se dice que no hay datos oficiales de su promulgación pero algunos historiadores del derecho español sostienen que tuvieron fuerza obligatoria, fundándose en que el auto acordado del consejo de Castilla del 16 de marzo de 1768, inserta el dictamen de los fiscales del mismo consejo, en que se afirma que las leyes del estilo son leyes del reino, reconociendo así implícitamente la autoridad obligatoria de dichas leyes.³⁵

Según Napoleón Rodríguez Ruiz, este era considerado como parte del derecho feudal o señorial en 1255.³⁶ Después del Fuero Juzgo ninguna ley española tuvo el carácter de generalidad, y el Fuero Real promulgado bajo el reinado de Alfonso X, llamado “EL SABIO”, fue una ley destinada a todos aquellos pueblos y ciudades que no tenía fuero especial. Trataba de materias políticas, civiles y penales. En este último aspecto conservo la tradición del Fuero Juzgo, subsistiendo los mismos delitos y la misma crueldad de las penas. Este Código tuvo la importancia de haber consagrado entre sus disposiciones el principio de la Irretroactividad Legal. El Fuero Real fue completado y aclarado por 252 disposiciones de índole procesal, conocidas con el nombre de leyes del estilo.

³⁴ Trejo, *Derecho Penal Salvadoreño Vigente*.14.

³⁵ Las Leyes del Estilo está conformada por 252 leyes que figuraban en continuación del fuero real.

³⁶ Rodríguez, *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas*, 18

La creación del Fuero Real se considera otro intento de unificación³⁷; en el cual continua la preeminencia de lo falsario y las asimilación al hurto, aspecto importante que hay que destacar es que las conductas que se regulaban no solo incurren en el ámbito penal sino que trascienden al derecho privado como lo establecía en la ley IX, título XIX , libro III “Defendemos que ningún home no tema empeños cosa ajena, ni la suya no la empeñe a otro por mas, ni en otra cosa, sino como el tuviere”

1.2.4. Las Siete Partidas

Miguel Alberto Gómez Trejo, manifestaba sobre las siete partidas o simplemente las partidas (1265) que constituyó el código más importante del derecho histórico castellano, obra que alcanzo gran difusión, por su alto contenido doctrinal. Este código también promulgado por Alfonso X “El Sabio”, representa un ambicioso intento de unificar las legislaciones españolas. Se cree que son sus autores, el mismo Alfonso X, y los maestros de Jacome Ruiz, Roldan, García Hispalense y Fernando Martínez de Zamora.³⁸

Las siete partidas introducen novedades en materia de derecho penal: establece la impunidad de simples intensiones y el arbitrio judicial para imponer la pena, señalando en ese caso, las circunstancias que el juzgador debe entender para ejercer su libre albedrío. Enriquecido con un texto y técnica jurídica proveniente del derecho romano surgido en la España medieval se encuentra un antecedente de la estafa en las leyes VII a XI, de la partida VII, bajo la denominación de “engaños”, en el titulo XVI donde se ubicaban unas serie de conductas imitables al “stellionato” romano lo que

³⁷ *Ibíd.* 37

³⁸ Trejo, *Derecho Penal Salvadoreño Vigente*.15.

más tarde será el delito de “estafa” haciendo la aclaración que *dolos* en latín como en romance significa engaño; “e engaño es enartamiento que facen algunos omes los unos a los otros, por palabras mentirosas o encubiertas e coloradas”.³⁹

1.2.5. Ley de Indias

Las leyes de indias constituyeron el principal ordenamiento jurídico aplicado en la época de la colonia; este cuerpo normativo estaba integrado por nueve libros que contenían todos ellos varios títulos relativos a los delitos y a las penas⁴⁰. En el libro VII aparece el mayor número de artículos referentes al derecho penal.

En ese orden de ideas el Antiguo Código de la India Manavva Dharma Sastra, prescribe sobre las estafas lo siguiente⁴¹:

“193.- El que con falsos ofrecimientos de servicios se apodera del dinero ajeno, debe padecer públicamente, así como sus cómplices, diversas clases de suplicios, según las circunstancias, y aun la muerte.

197.- El que vende el bien ajeno sin el asentimiento de su propietario, no debe ser admitido por el juez a dar testimonio, como ladrón que se imagina que no ha robado.

³⁹ Valle, “*El Delito de estafa y su Delimitación Jurídico Penal con el Fraude Civil*”, 32.

⁴⁰ Trejo, *Derecho Penal Salvadoreño Vigente*.17, para Trejo Escobar el contexto de la legislación de indias se estableció que los indios eran hombres libres y vasallos de la Corona; pero en la práctica y en la realidad resultaba ser todo lo contrario, una clase dirigente era dueña del poder político y económico.

⁴¹ Diego Vicente Tejera, *La Estafa, En la Historia, en el Derecho Comparado, en el Código de 1879, en la Jurisprudencia, en el Código de Defensa Social y en el Código de Represión Criminal*, 1ªed., (1937). 11.

397.- El tejedor a quien se le han entregado diez palas de hilo de algodón, debe devolver un tejido que pese una pala más, a cusa del agua de arroz que entra en él; si obra de otra manera debe pagar una multa de doce panas.

400.- el que defrauda estos derechos, el que compa o vende a una hora indebida, o que da una falsa evaluación a sus mercaderías, debe pagar una multa de ocho veces mayor que el valor de los objetos.

286.- por haber mezclado mercaderías de mala calidad con mercaderías de buena ley, por haber horadado piedras preciosas y por haber perforado torpemente perlas, debe sufrirse la multa primer grado y pagarse el daño.

287.- el que da a compradores que pagan el mismo precio cosas de diferente calidad, unas buenas otras malas, y el que vende la misma cosa a precios diferentes, deben, según las circunstancias pagar la primera multa o la muta media.

291.- el que vende mala semilla como buena o coloca encima la buena para esconder la mala, y el que distribuye la señal de los limites, debe sufrir un castigo que los desfigure.⁴²

1.2.6 Código de la India Imperial

En relación al delito de Estafa el Código de la India Imperial Ta-Tsing-Leu-Lée, dice lo siguiente:

⁴² Ibid.

Sec. 274.- Toda persona que obtenga una propiedad pública o privada bajo falsos pretextos o por cualquier otro fraude, será castigada como si hubiere cometido robo de un valor igual al de esta misma propiedad, pero sin ser marcada.”⁴³

“En todos los casos en que un pariente más cercano engañe a un hijo segundo, para obtener una propiedad de un valor iguala la que un pariente más joven ha obtenido también con engaño de su primogénito, la pena en que incurra no será mayor que la señalada para los fraudes ordinarios, tal y como queda anteriormente establecido para el robo furtivo y otros robos de la misma naturaleza, cuando han sido cometidos entre parientes.”⁴⁴

Cuando dos o más personas tengan justamente en su guarda una propiedad pública, si uno de ellos obtiene de los otros bajo falsos pretextos una parte de esta propiedad para su uso, será castigado como en el caso de dilapidación de una propiedad pública de valor igual que haya sido confiada a un particular.

Cuando solo se hayan hecho tentativas para conseguirlo, la pena señalada para todos los casos antes expresados será menor en dos grados a la señalada cuando se ha conseguido apoderarse de la propiedad.

En general, cuantas veces se obtenga por fraude una propiedad cualquiera, sea mediante una petición apoyada en falsos fundamentos, sea engañando al que la posee mediante una relación falsa, sea, en fin, con el pretexto de confiársela al peticionario, estas acciones se consideraran como delitos cometidos contra la ley y punibles conforme a sus disposiciones.

⁴³ Ibid 12

⁴⁴ Ibid.

1.3. Periodo Contemporáneo

Son dos los sistemas posibles de tipificación del delito de estafa en un código: la enumeración y la definición.⁴⁵ Ambos presentan ventajas e inconvenientes, qué duda cabe que el derecho penal moderno exige una tipificación lo más concreta posible en aras de la certeza y la seguridad jurídica; es necesario que los tipos legales estén perfectamente determinados, particularizados, para que el ciudadano pueda, con toda garantía, atenerse en su actuar social y ese repertorio de conductas prohibidas que constituye un Código Penal.⁴⁶

El sistema enumerativo da más seguridad al ciudadano, pero presenta un grave inconveniente: la imposibilidad de que el legislador describa, una a una, todas las imaginables conductas engañosas que tienen a defraudar el patrimonio ajeno. Las formas con que un individuo puede conseguir un enriquecimiento injusto son tan variables que no cabría dentro de los moldes de un código penal.⁴⁷

La duración de los tiempos modernos se ha situado a partir del renacimiento, hacia el año 1600 prolongándose hasta el siglo XX., y puede variar según el ritmo histórico de cada pueblo. En ese sentido tomando en cuenta que la legislación penal de El Salvador ha tenido gran influencia de los códigos europeos y estos a su vez en el Derecho Romano, se citan los siguientes aspectos relevantes de la legislación europea, como por ejemplo: en el código Penal Francés en su artículo 405 regula: *“Quien sea, que usando falsos nombres o falsas calidades, sea empleando maniobras*

⁴⁵ José Rafael Mendoza, *curso de derecho penal venezolano, delitos contra la propiedad, tomo V*, (Caracas, 1956). 222.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Horacio Oliva García, *La estafa procesal*, (ed. Barro, Madrid, 1974). 15.

*fraudulentas para persuadir la existencia de falsas empresas, de un poder o de un crédito imaginario, o para hacer nacer la esperanza o el temor de un suceso, de un accidente o de otro acontecimiento quimérico, y se haga remitir o entregar fondos, muebles, obligaciones, disposiciones, billetes, promesas o descargos y que por esos medios estafe o intente estafar la totalidad o parte de la fortuna de otro, será sancionado con un año de prisión o menos y de cinco años o más, y de una multa de 50 francos o menos y de 300 francos o más.*⁴⁸

El derecho penal europeo, desde la época del Derecho Penal romano, partió del principio, según el cual el engaño es, en cierta forma, un modo del intelecto y, por ende, un arma natural del hombre para defenderse.

En ese margen de ideas, la estafa en la actualidad se caracteriza por el engaño suficiente que el sujeto activo ejerce sobre el sujeto pasivo induciéndolo a un error, y quien en virtud de ese error pueda disponer de su patrimonio, generando un perjuicio económico en su patrimonio o el de un tercero.⁴⁹ Asimismo existirán casos donde el perjuicio patrimonial no se obtenga, aunque la intención del sujeto este presente al querer causar dicho perjuicio a través de una conducta engañosa, pero si el resultado no se cumple se está en presencia de un caso de tentativa de Estafa, la cual está regulada y sancionada en nuestra legislación, a diferencia del Derecho Romano, en el que la tentativa no era sancionada.

En consecuencia se concluye a través de los datos históricos señalados, que la estafa se caracteriza por ser un delito patrimonial,

⁴⁸ Arias, El delito de estafa en la legislación penal salvadoreña, 27.

⁴⁹ Jose Antón Oneca; *las estafas y otros engaños, en el Código Penal y en la Jurisprudencia, artículo publicado en el tomo IX de la Nueva Enciclopedia Jurídica, (Barcelona, editorial Francisco Seix, S.A., 1957). 355*

integrado por tres elementos: el dolo de engañar, la modificación de la verdad y el daño patrimonial ajeno.⁵⁰

Desarrollado lo anterior, se procederá a realizar un estudio sobre los diferentes códigos penales que han existido en El Salvador, con la finalidad de establecer los diferentes cambios efectuados en torno a la regulación y sanción del delito de Estafa, asimismo se hará referencia a la legislación que regula los Delitos informáticos, destacando principalmente la Estafa informática.

1.4. Evolución Histórica del delito de Estafa en la Legislación Penal de El Salvador, con énfasis en la estafa realizada por medios informáticos

Antes de iniciar la temática es necesario hacer referencia a la Constitución de la Republica de El Salvador, ya que es la carta magna que rige y direcciona la totalidad de legislación existente en un país, además porque contiene los valores, principios, derechos y garantías, que rigen en un tiempo y lugar determinado a una sociedad, es por eso que en su artículo 2 establece: “toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.⁵¹ Al respecto se puede observar que dicha disposición constitucional protege lo que es el derecho de propiedad, considerado como la facultad que tiene una persona para disponer libremente de sus bienes, en el uso, goce y disfrute de ellas,

⁵⁰ Conrado, *La Estafa y otras defraudaciones según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales Italianos, argentino y alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia*, 21.

⁵¹ Constitución de la República de El Salvador de 1983, decreto N. 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, Diario Oficial 234, tomo 281, publicado en el Diario Oficial el día 16 de diciembre de 1983.

sin ninguna limitación que no sea generada o establecida por la ley o la Constitución; por lo que su afectación puede generar consecuencias jurídicas.

En ese margen de ideas en el Estado salvadoreño han existido y aplicado varios códigos penales, que han regulado y sancionado las diferentes conductas delictivas del ser humano, los cual se han ido promulgado según el avance y evolución de la sociedad, el legislador por su parte busca corregir la conducta del ser humano mediante una sanción, protegiendo bienes jurídicos fundamentales de la sociedad en general, por consiguiente dichos avances han sido comprendidos en los código penales de 1826, 1859, 1881, 1904, 1974 y 1998.⁵² De la manera siguiente:

1.4.1. Código Penal de El Salvador de 1826

Es la primera legislación penal en El Salvador, denominado como Código de Instrucción Criminal, el cual está incorporado en la Recopilación de leyes Patrias del Presbítero y Doctor Isidro Menéndez.⁵³

En este código aparece regulada la conducta de estafa, de una manera específica, en razón de que establecía que: *“Cualquier persona que con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiera sonsacado a otros, dineros, efectos o escrituras, o les hubiera perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna*

⁵² En el transcurso de la historia de nuestro país, hasta la fecha han existido seis normativas penales, que de una u otra manera han regulado el delito de estafa, y la sanción a imponer, con la de resguardar el patrimonio de las personas. Es de destacar que los códigos penales de El Salvador siempre han estado regidos desde un principio por los ordenamientos jurídicos españoles, debido a que su influencia la vemos reflejada en las disposiciones legales de su ordenamiento jurídico.

⁵³ Código Penal Salvadoreño de 1826, decretado el 13 de Abril de 1826, el cual fue elaborado sobre la base del Código Penal español de 1822.

circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial.”

Asimismo regulaba las trampas que hacía el jugador independientemente, si existía juego o cantidad prohibida; los que hacían alguna rifa sin permiso del Gobierno, aunque sea con título de culto de algún santo o de obra pía; y también aquél que realizaba alguna rifa con permiso del Gobierno y no hubiera cumplido con las condiciones con que se le dio; y el que, tanto teniendo permiso, como no teniéndolo, se alzase con la cosa rifada y el dinero recogido.⁵⁴

En ese sentido es de destacar que la regulación del delito de estafa en el código de 1826 era para casos específicos, pero en razón de la interpretación analógica, existía un artículo donde establecía que si se daba la existencia de otro comportamiento que no era tipificado como estafa, pero si se asimilaba a ésta, se iba a imponer la pena descrita para este delito, que eran la pena de prisión reclusión y multas de carácter económico. En consecuencia, la regulación del delito de Estafa en el Código Penal de 1826 era casuística, puesto que como hemos dicho se establecían casos específicos, no obstante, se daba el derecho de usar la interpretación analógica y debido a ello, cualquier hecho fuera de los establecidos por la ley, en que se perfilara un “engaño” constituía delito de estafa⁵⁵.

1.4.2. Código Penal de El Salvador de 1859

A diferencia del anterior, este suprime las penas infamantes o corporales que iban en contra de principios como la Dignidad Humana.

⁵⁴ Ibid. 11

⁵⁵ Ibid.

Aparecen como sanciones en este Código, para el delito de Estafa, la pena de arresto mayor, prisión correccional y prisión menor.⁵⁶

Asimismo este Código regulaba y sancionaba, aquel que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio; así como también incurría en las penas mencionadas, el que defraudaba a otros usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia, o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.⁵⁷

Se establecían sanciones a los plateros y joyeros que cometían defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio; a los traficantes que defraudaban con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos.⁵⁸

Asimismo aparece regulado y sancionado, el caso denominado en doctrina como "*Estelionato*", que era aquél que se fingía dueño de una cosa, y la enajenada, arrendaba, gravaba, empeñaba o hipotecaba; existiendo también disposición y sanción, contra aquel que disponía de una cosa como libre, sabiendo que estaba gravada, y el que vendía separadamente una misma cosa a dos personas.⁵⁹

⁵⁶ El Código Penal Salvadoreño de 1859, fue elaborado en razón de los parámetros del código penal español de 1848; promulgado en el mes de Septiembre de 1859. Arias Vanegas, *ibíd.* 29

⁵⁷ *Ibíd.* 30

⁵⁸ Arias, El delito de estafa en la legislación penal salvadoreña, 31.

⁵⁹ Código Penal Salvadoreño de 1881, creado por decreto legislativo de fecha 19 de Diciembre de 1881, publicado el día 20 de diciembre del mismo año en el Diario Oficial número 295 del Tomo II.

Al igual que el Código de 1826 las conductas eran casuísticas, es decir que cualquier conducta que trajera aparejada un engaño se enmarcaría en el delito de estafa; sin embargo el legislador de esta época trato de abarcar dentro de esta figura una diversidad de conductas que no le dan solución a la problemática de origen, debido a que tendía a confundirla con otros comportamientos.⁶⁰

1.4.3. Código Penal de El Salvador de 1881

El presente Código al igual que los Códigos anteriores, es aún más casuístico, es decir, que enumera más casos que los de 1826 y 1859; se establecían como sanciones, la de arresto, la de prisión correccional y la prisión menor, dependiendo de la cantidad estafada.

Los joyeros y plateros que cometían defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio, se sancionaban con las penas antes mencionadas; así como también, se castigaba a los traficantes que defraudaban usando de pesos o medidas falsas en el despacho de su tráfico. Un caso muy importante que se debe mencionar, es que se castigaba aquel que en perjuicio de otro, se apropiaba o distraía dinero, efectos o cualquiera otra cosa, muebles que hubieran recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produjera obligación de entregar o devolver, o negare haber recibido; caso que al compararlo con el Código penal vigente, constituye el delito de Apropiación o Retención Indebidas previsto y sancionado en el artículo 217 Pn., y no un caso de Estafa.⁶¹

⁶⁰ Arias, El delito de estafa en la legislación penal salvadoreña, 13.

⁶¹ *Ibíd.* 34

Lo mismo sucede con el caso que se sancionaba al que cometía alguna defraudación abusando de firma de otro en blanco y extendiendo en ella algún documento en perjuicio del mismo o un tercero, perfilándose en la actualidad dicho hecho, como Falsedad en hoja firmada en blanco, comprendida y sancionada en el artículo 283 del código penal.

1.4.4. Código Penal de El Salvador de 1904

El presente Código⁶², surge de una reforma hecha al de 1881, pero cuando se constató que era una reforma sustancial a casi todos los artículos del Código Penal de 1881, la Comisión elaboradora del proyecto manifestó que era preferible promulgar un nuevo Código; de ahí que la estructura del Código Penal de 1904 es la misma que la de 1881 y solamente contiene innovaciones que expresa la Comisión redactora en el informe que rindió a la Corte Suprema de Justicia con fecha 15 de marzo de 1904, consecuencia de los cambios estructurales, en la normativa se agregan nuevas conductas que deben de constituir delito de Estafa, propugnado por el auge del comercio y la agricultura.⁶³

Por lo que se adecuaba al delito de estafa, la venta simulada en cualquier clase de bienes, al igual que era castigado el deudor que enajenara, inutilizara, destruyera o permitiera la destrucción de la prenda sin permiso del acreedor, o el deudor que enajenara los frutos pendientes dados en garantía sin permiso del acreedor; caso que podría catalogarse en nuestra normativa vigente, como Alzamiento de Bienes, previsto y sancionado en el artículo 241 Pn, y no un delito de estafa. Como corolario,

⁶² Código Penal de 1904, creado por decreto Legislativo de 8 de abril de 1904, publicado en el Diario Oficial número 236 Tomo 57, de fecha 10 de octubre de 1904.

⁶³ Arias, El delito de estafa en la legislación penal salvadoreña, 15.

en este Código de 1904, se incluyen casos que no aparecían en el de 1881, lo que en nuestra opinión, se debió al hecho del desarrollo del comercio y la agricultura, pues algunos de ellos se refieren a casos relativos a materias de Derecho Mercantil, sin embargo se tipificaba como Estafa, cuya sanción a imponer en la mayoría de los casos era pena la de prisión.

1.4.5. Código Penal de El Salvador de 1974

En el lapso de 1973-1974, se llevó a cabo en El Salvador, para superar antiguos ordenamientos penales, una reforma integral consistente en: Código Penal, Procesal Penal, de Menores y ley del régimen de centros penales y de readaptación. El Código Penal y Procesal Penal, promulgados en 1973, entraron en vigencia en 1974⁶⁴.

Por lo que el delito de estafa en este código penal, deja a un lado la teoría Casuística, de los códigos anteriormente aludidos. Debido que en el art. 242 de dicho cuerpo normativo, establece por estafa, “el que obtenga para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sanciona con prisión de uno a cinco años, si la defraudación excediera de veinte colones.”

Para la fijación de la sanción el juez tomara en cuenta la cuantía del perjuicio, la habilidad o astucia con que el agente hubiere procedido y si el perjuicio hubiere recaído en persona que por su falta de cultura o preparación fuere fácilmente engañable.

⁶⁴ Código Penal de 1974 fue creado mediante Decreto N° 270, de fecha 13 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial de número 63, Tomo 238 de fecha 13 de Marzo del mismo año, entro en vigencia el 15 de junio de 1974.

De esta manera se normativizan por primera vez los elementos esenciales de la estafa que el juez tomara en cuenta para el análisis de éste delito tales como: *A) provecho injusto. B) perjuicio ajeno. C) ardid o cualquier otro medio de engañar.*

Asimismo, en el Art. 243 del mencionado cuerpo legal, se establecen las modalidades especiales del ilícito penal en estudio, siendo las siguientes: se considera estafa la defraudación cometida por cualquier de los medios siguientes:

1) venta, permuta, arrendamiento, comodato, dación en pago o garantía, de cosa ajena, afirmando o dando a entender que es propia;

2) venta, permuta, arrendamiento, comodato, dación en pago o en garantía, de una cosa propia inalienable o sujeta a embargo, gravamen o litigio, o la promesa de venta de un inmueble, mediante pago a plazos, callando u ocultando cualquier de esas circunstancias.

3) destrucción o inutilización de la prenda de crédito a la producción, realizada o permitida por el deudor prendario, o la enajenación de la prenda si autorización escrita del acreedor;

4) incumpliendo, por dolo o por culpa, de un contrato en virtud del cual se tenía la obligación de hacer la tradición del dominio, si se tratase de parcelación de terrenos.

5) cobro indebido de un seguro mediante destrucción, daño o desaparecimiento de la cosa asegurada, o cuando el asegurado se produjere una lesión o agrave los daños o las lesiones sufridas en un infortunio;

6) Defraudación en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que deben entregarse, o de los materiales que deben emplearse en cumplimiento de un contrato.

Es ese sentido es de considerar que este código, como los anteriores no se realiza una distinción entre dolo civil y el dolo penal, en razón de que al leer la disposición en comento, es claro que son casos que se pueden dilucidar actualmente en vía civil, pero que en esa época eran hechos constitutivos de estafa.

1.4.6. Código Penal de El Salvador de 1998

El Código Penal de 1998⁶⁵, se promulga conforme a los principios que regula la Constitución de la Republica del año de 1983, el cual mantiene la estructura del tipo básico de Estafa, contenido en el Código Penal de 1974, modificando únicamente su cuantía, ahora en doscientos colones; sin embargo fueron derogadas sus modalidades especiales; y se cualificaron las formas de Estafa Agravada según los artículos 215 en relación al 216 respectivamente.⁶⁶

En ese sentido lo novedoso de la actual normativa es la incorporación en el tipo penal de Estafa en su modalidad agravada, la regulación de conductas derivadas del uso inapropiado de la informática, estableciendo en el artículo 216 numeral 5, que el delito de Estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años, en los casos siguientes: *cuando se realizare*

⁶⁵ Código Penal de 1998, aprobado por decreto legislativo número 1030 de fecha 26 de abril del año de 1997, publicado en el Diario Oficial N° 85, tomo N° 335 de fecha 13 de mayo de 1997, y entro en vigencia el 20 de abril de 1998.

⁶⁶ Arias, El delito de estafa, 36.

manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos.

Por lo que se evidencia un claro avance en la normativa penal, al regular conductas donde la informática, es utilizada como medio de comisión del tipo penal básico de Estafa, distinto a lo que debe entenderse por un delito informático, en razón de que, en el Código Penal vigente, no se encuentran reguladas conductas constitutivas de delitos informáticos de manera autónoma.

Pase a ello el ordenamiento jurídico de El Salvador cuenta con una legislación denominada Ley especial para sancionar infracciones aduaneras, siendo una de las primeras legislaciones en incorporar en su articulado conductas consideradas como delitos informáticos; pero posteriormente dados los avances tecnológicos, y al surgimiento de nuevas formas de criminalidad donde se utiliza a la informática como medio para el cometimiento de diferentes delitos, El Salvador se vio en la necesidad de crear una ley especial, que regulara conductas constitutivas de delitos informáticos de manera autónoma, la cual está vigente desde el año 2016, es la denominada Ley Especial Contra Los Delitos Informáticos y Conexos, que al igual que la anterior serán desarrolladas brevemente en los párrafos siguientes.

1.5. Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras

Por otra parte, al entrar en vigencia la Ley especial para sancionar infracciones aduaneras⁶⁷(LEPSIA), se derogó la Ley Represiva del

⁶⁷ Emitida por D.L. N1 551, del 20 de septiembre de 2001, publicada en D.O. N1 204, T. 353, 29 de octubre de 2001.

Contrabando de Mercaderías y de la Defraudación de la Renta de Aduanas, la LEPSIA se ha enmarcado en el proceso de modernización del servicio de aduanas, así como en la adecuación de la normativa aduanera a las exigencias del comercio internacional, y la legislación penal aduanera a la nueva normativa penal⁶⁸ y procesal penal.⁶⁹

En ese sentido lo novedoso de dicha ley es que se encuentran reguladas conductas constitutivas de delitos informáticos, específicamente en la sección quinta, la cual literalmente establece: Delitos Informáticos, “Será sancionado con prisión de tres a cinco años, quien:

a) Acceda, sin la autorización correspondiente y por cualquier medio, a los sistemas informáticos utilizados por la Dirección General;

b) Se apodere, copie, destruya, inutilice, altere, facilite, transfiera o tenga en su poder, sin autorización de la autoridad aduanera, cualquier programa de computación diseñado por o para tal autoridad o sus bases de datos, que de manera exclusiva y en el ejercicio de sus controles y servicios utilizare la Dirección General;

c) Dañe los componentes materiales o físicos de los aparatos, las máquinas o los accesorios que apoyen el funcionamiento de los sistemas informáticos o de comunicaciones, diseñados para las operaciones de la Dirección General, con la finalidad de entorpecerlas u obtener beneficio para sí o para otra persona;

⁶⁸ Decreto legislativo 1030, aprobado el 26 de abril de 1997, D.O. núm., 335 de fecha 10 de junio de 1997. Vigente desde el 20 de abril de 1998.

⁶⁹ Decreto legislativo 904, publicado en D.O. núm., 11, tomo, núm. 334 de fecha 20 de enero de 1997.

d) Facilite el uso del código y la clave de acceso, asignados para ingresar en los sistemas informáticos. La pena será de uno a tres años si el empleo se facilita culposamente; y,

e) Manipule el sistema informático o de comunicaciones a fin de imposibilitar cualquier control que con base en dicho sistema exista la posibilidad de realizar”.⁷⁰

1.6. Ley Especial Contra Los Delitos Informáticos y Conexos

Actualmente El Salvador en materia de delitos informáticos está avanzando de forma importante, puesto que el pasado 26 de Febrero del 2016 dio un paso importante en esta materia aprobando la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos y conexos⁷¹. Dicha ley se inspira en el reconocimiento de la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, quien, como garante de justicia, seguridad jurídica y bien común, debe brindar especial protección a sus ciudadanos, debido a la diversidad de actividades delincuenciales que pueden cometerse a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación cuyo daño representa severas repercusiones en materia de política, economía y el desarrollo tecnológico.

Dichos comportamientos criminales se encontraban regulados de forma dispersa en diferentes instrumentos jurídicos tales como: Código Penal, Ley especial para sancionar infracciones aduaneras, Ley de Acceso a la Información Pública, entre otras. Las cuales no eran suficientes para

⁷⁰ *Ibíd*em, artículo 24

⁷¹ Decreto legislativo 260, aprobado el 04 de febrero de 2016, D.O. núm., 40, Tomo, 410, de fecha 26 de febrero de 2016. Vigente desde el 05 de marzo de 2016.

brindar la protección necesaria y eficaz, generándose cierta impunidad para quienes cometen un delito informático; en consecuencia, resultó necesario la adopción de mecanismos suficientes para facilitar su detección, investigación y sanción de estos nuevos tipos de delitos.⁷²

Es por ello que La Ley Especial Contra los Delitos Informáticos y Conexos tiene por objeto *“proteger los bienes jurídicos de aquellas conductas delictivas cometidas por medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos en perjuicio de los datos almacenados, procesados o transferidos; los sistemas, su infraestructura o cualquiera de sus componentes, o los cometidos mediante el uso de dichas tecnologías que afecten intereses asociados a la identidad, intimidad e imagen de las personas naturales o jurídicas en los términos aplicables y previstos en la presente Ley”*⁷³.

En ese sentido, en el artículo 10 de dicha normativa legal regula lo que es la Estafa informática, estableciendo lo siguiente: *El que manipule o influya en el ingreso, el procesamiento o resultado de los datos de un sistema que utilice las Tecnologías de la Información y la Comunicación, ya sea mediante el uso de datos falsos o incompletos, el uso indebido de datos o programación, valiéndose de alguna operación informática o artificio tecnológico o por cualquier otra acción que incida en el procesamiento de los datos del sistema o que dé como resultado información falsa, incompleta o fraudulenta, con la cual procure u obtenga un beneficio patrimonial indebido para sí o para otro, será sancionado con prisión de dos a cinco años.*

⁷² Elisa de la Cruz Chavarría Pérez, et al, “La Ciberdelincuencia y su Regulación Jurídica en Centroamérica con énfasis en Costa Rica, El Salvador y Nicaragua”, (monografía para optar al título de Licenciatura en Derecho, Universidad Autónoma de Nicaragua, Agosto 2016). 50

⁷³ Ley Especial Contra Los Delitos Informáticos y Conexos, Artículo 1.

Asimismo, regula como circunstancias agravantes⁷⁴, si las conductas descritas en el inciso anterior se cometieren bajo los siguientes presupuestos: a) En perjuicio de propiedades del Estado; b) Contra sistemas bancarios y entidades financieras; y, c) Cuando el autor sea un empleado encargado de administrar, dar soporte al sistema, red informática, telemática o que en razón de sus funciones tenga acceso a dicho sistema, red, contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos. Sancionándolo con una pena de 5 a 8 años.

Por otra parte, la referida ley, será aplicable según el artículo número 2, a los hechos punibles realizados total o parcialmente dentro del territorio salvadoreño, también se aplicara si el hecho inició fuera de dicho territorio pero se consumó dentro de él o en los que se utilizó infraestructura tecnológica salvadoreña, por ejemplo redes informáticas o servidores. También se aplicará en aquellos casos en que las víctimas sean ciudadanos salvadoreños o se afecten bienes jurídicos del Estado salvadoreño⁷⁵.

Otro aspecto importante, es que en la presente ley se tipifica además el fraude informático con cierto elementos diferenciador de la estafa informática, en el cual se hace hincapié al uso indebido de la tecnología para poder insertar instrucciones falsas o fraudulentas que produzcan un resultado que permita obtener un provecho para sí o para un tercero en perjuicio ajeno, sancionándose tal conducta con pena de tres a seis años⁷⁶.

A raíz de lo anterior esta ley regula a la estafa como un delito informático, y no como un delito común como lo regula el código penal, dado

⁷⁴ Ibidem, art.10

⁷⁵ Chavarría, La Ciberdelincuencia. 58

⁷⁶ Ibídem, artículo 11

que los elementos que conforman el tipo penal son diferentes, en razón de que regulan otras conductas que no estaban descritas en el delito de estafa común.

Por otra parte, el bien jurídico tutelado en dicha ley es la información que garantice y proteja el ejercicio de derechos fundamentales como la propiedad, pero es de aclarar que en ningún momento se desvincula del bien jurídico protegido del delito de estafa común, dado que el artículo 10 de la ley en comento protege todo aquel beneficio patrimonial indebido para sí o para otro, lo que significa que el bien jurídico protegido siempre es el patrimonio; por lo que dicha normativa a pesar de que regule aquellas conductas fraudulentas mediante el uso de medios informáticos de manera autónoma, no lesionan ningún bien jurídico nuevo, sino que afectan a los mismos bienes jurídicos protegidos de siempre.

1.7. Legislación Internacional aplicable al delito de estafa cometida por medios informáticos.

1.7.1. Convenio sobre la Ciberdelincuencia

El Convenio sobre ciberdelincuencia, también conocido como el Convenio de Budapest sobre ciberdelincuencia o simplemente como Convenio Budapest, es el primer tratado internacional que busca hacer frente a los delitos informáticos y los delitos en Internet, mediante la armonización de leyes nacionales, la mejora de las técnicas de investigación y el aumento de la cooperación entre las naciones.

Fue elaborado por el Consejo de Europa en Estrasburgo, con la participación activa de los estados observadores de Canadá, Japón y China, dicho convenio fue firmado el 23 de noviembre del 2001 y tiene como

objetivo proteger a la sociedad contra el cibercrimen y hasta la fecha cuenta con 55 países miembros. Este es un instrumento internacional que tiene como fin armonizar el derecho sustantivo y dar herramientas esenciales en la investigación de los delitos que se cometen por vías informáticas.⁷⁷

Es el primer Convenio Internacional sobre Delitos Informáticos y es visto como el estándar mundial sobre la materia y tiene los siguientes objetivos:

Mejorar los instrumentos de cooperación internacional.

Armonizar el derecho sustantivo, no limitarlo.

Creación de instrumentos procesales comunes.

La instauración de una red permanente de contactos

En palabras de Morón Lerma, el Convenio de Cibercriminalidad persigue básicamente tres objetivos en torno a los cuales se estructura, a saber: armonizar el Derecho Penal material, establecer medidas procesales o cautelares adaptadas al medio digital y poner en funcionamiento un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional.⁷⁸

A través de este convenio los países miembros se comprometen a tipificar como delitos, dentro de sus respectivas legislaciones, distintas acciones criminales cometidas por medios informáticos: Acceso ilícito,

⁷⁷ <https://adalidmedrano.com/convenio-ciberdelincuencia-budapest/2017/>, consultada el 10 de octubre de 2017

⁷⁸ Esther Morón Lerma y María José Rodríguez Puerta, "Traducción y breve comentario del Convenio sobre Cibercriminalidad", nº 7, (2002): 169.

Interceptación ilícita, interferencia en los datos, Interferencia en el sistema, Abuso de los dispositivos, Falsificación informática, Fraude Informático, delitos sobre pornografía infantil y delitos sobre Infracciones de la propiedad intelectual.⁷⁹

En lo que respecta a la estafa o fraude informático, el convenio en su artículo 8 reza: *Fraude informático: Cada Parte adoptara las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno los actos deliberados e ilegítimos que causen un perjuicio patrimonial a otra persona mediante:*

- a) cualquier introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos;*
- b) Cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático.*

Con la intención fraudulenta o delictiva de obtener ilegítimamente un beneficio económico para uno mismo o para otra persona.⁸⁰

Es importante mencionar que dicho convenio sobre ciberdelincuencia, actualmente, no ha sido ratificado por El Salvador, sin embargo a pesar de ello se ha tomado como parámetro para la creación de una legislación especial, tal como es el caso de la Ley Especial Contra Delitos Informáticos y Conexos.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto se pretende desarrollar en lo sucesivo un análisis sobre los aspectos principales del delito de estafa tradicional, en lo que respecta al concepto, bien jurídico protegido, elementos

⁷⁹ Preámbulo del Convenio sobre Ciberdelincuencia.

⁸⁰ Convenio sobre Ciberdelincuencia, Artículo 8.

subjetivos y objetivos, en razón de comprender las características principales de una Estafa común, para posteriormente realizar un estudio sobre la estafa cometida por medios informáticos y sus diferentes conductas defraudatorias.

CAPITULO II

FUNDAMENTO DOCTRINARIO Y JURÍDICO DEL DELITO PENAL DE ESTAFA

El propósito del presente capítulo es realizar un análisis sobre los aspectos principales del delito de estafa tradicional, en lo que respecta al concepto, bien jurídico protegido, elementos subjetivos y objetivos, en razón de comprender las características principales de una Estafa común, para posteriormente realizar un estudio sobre la estafa cometida por medios informáticos y sus diferentes conductas defraudatorias.

2.1. Generalidades del Delito de Estafa

2.1.1. Definición del Delito de Estafa

Una vez determinado los antecedentes principales que dieron origen al delito de estafa, es necesario definir desde una perspectiva doctrinaria, legal y jurisprudencial el delito en estudio. Por lo que se desarrollarán en ese orden:

2.1.2. Definición Doctrinaria

Resulta importante el estudio de las diferentes posiciones doctrinarias, que permitan lograr una definición que pueda ilustrar los diferentes elementos que conforman el delito de estafa; en ese sentido, la postura que plantea *Enrique Bacigalupo* establece que la estafa, se conforma cuando el

engaño que efectúa el sujeto activo produce en el sujeto pasivo un error, el que a su vez debe dar lugar a la disposición patrimonial, realizada por el sujeto engañado determinante del perjuicio patrimonial.⁸¹ Lo importante a destacar de dicha definición es que el “engaño” es el elemento principal; causante de que se configuren los demás elementos que conforman el delito de estafa, por lo que se requiere la existencia de un nexo causal o relación de causalidad que medie entre los mismos.⁸²

Por otra parte, Antón Oneca, sostiene que la estafa consiste en "la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición patrimonial, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero.⁸³ Descripción en la que se puede diferenciar fácilmente cuatro elementos como esenciales o referentes básicos a la hora de delimitar dicha definición.⁸⁴

En ese sentido el primer elemento es *el engaño*, el cual es definido por el autor antes mencionado, como la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una persona, lo que ya desde el primer momento pone de manifiesto la existencia de una estrecha relación entre dicho elemento típico y aquel que aparece como resultado es decir “el error”.

El segundo elemento que guarda relación con el anterior es *el error* causado en la víctima de este delito; el tercero es *el acto de disposición*

⁸¹ Enrique Bacigalupo Zapatero, “Falsedad Documental, Estafa y Administración Desleal”, (ed. Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007). 165.

⁸² Ignacio Berdugo Gómez de la Torres, et al, *Curso de Derecho penal*, Parte general, (ed. experiencia”, Barcelona, 2004). 219.

⁸³ César Herrero Herrero, “Infracciones Penales Patrimoniales, (ed. Dykinson, España, 2000). 182.

⁸⁴ José Antón Oneca, “Estafa” en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, (ed. Seix, Barcelona, 1957). 57.

realizado por la misma⁸⁵; y por último, *el perjuicio patrimonial* que se deriva de dicho acto de disposición; elementos todos ellos que se deberían encontrar vinculados mediante una relación de causalidad, como ya se había establecido en la definición anterior. Añade además el ánimo de lucro que tradicionalmente se ha caracterizado como elemento subjetivo complementario del dolo, debido a la doble supra determinación en el ánimo del sujeto activo del delito.⁸⁶

Como se puede observar, la definición establecida por Antón Oneca difiere con la definición propuesta por Enrique Bacigalupo; ya que el primer autor suma dos elementos más a su definición, consistentes en el ánimo de lucro injusto y el perjuicio en su patrimonio que puede afectar a un tercero.

A diferencia de las anteriores definiciones Fontán Balestra⁸⁷, define a la Estafa como "un ataque a la propiedad, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo, que persigue el logro de un beneficio indebido para sí o para un tercero".

De esta definición, el mismo autor señala como elementos típicos y diferenciales del delito, el dolo al principio (anterior al acto de disposición), exteriorizado a través del ardid o engaño y la correlativa ilegitimidad inicial de la disposición patrimonial decidida por el error. La estafa se caracteriza y se distingue de las otras modalidades de defraudación porque su elemento subjetivo, además del propósito de obtener un beneficio, debe acompañar al

⁸⁵ ibíd. 62

⁸⁶ Ibíd. 5

⁸⁷ Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal Parte Especial, (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina). 335-336.

dolo: el propósito de inducir al error al sujeto pasivo, lo cual se exterioriza a través del ardid⁸⁸.

En consecuencia, de las definiciones anteriormente desarrolladas se concluye que los elementos exigidos por el tipo penal de estafa son: el engaño, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio, ánimo de lucro y beneficio indebido; los cuales no pueden aparecer en forma aislada, sino que deben estar relacionados de manera especial; ya que *el ardid o engaño en su sentido causal, debe conducir plena y deliberadamente a la víctima a un error, para que disponga de su patrimonio y a partir de tal disposición se derive un perjuicio económico resultando un beneficio indebido.*

2.1.3. Definición Legal

Ahora bien, expuestas las diversas definiciones que plantean los autores de la doctrina, es necesario hacer referencia a la forma cómo está redactado el delito de estafa en el Código Penal Salvadoreño, el cual reza de la siguiente manera artículo 215: "El que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años si la defraudación fuere mayor de doscientos colones. Para la fijación de la sanción el juez tomara en cuenta la cuantía de perjuicio, la habilidad o astucia con que el agente hubiere procedido y si el perjuicio hubiere recaído en persona que por su falta de cultura o preparación fuere fácilmente engañable."⁸⁹

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Como puede apreciarse, la definición que otorga el legislador salvadoreño, al tipo penal de estafa, incluye en su configuración típica el "provecho injusto", determinando con ello su consumación.

En ese sentido, dicho artículo tal como se había explicado en el capítulo uno, contiene un verdadero avance para la legislación Salvadoreña, ya que se ha dejado de cometer el error contenido en los anteriores Códigos Penales Salvadoreños, de establecer de una manera casuística, casos específicos o taxativos, para avanzar hacia un concepto genérico que permita sancionar cualquier medio utilizado para engañar; ya que la mente humana día a día crea nuevas formas y estas deben estar contenidas con anterioridad en la ley, y que de esa manera no permita violar el principio de legalidad, con el fin de tutelar legal, oportuna y eficazmente el bien jurídico patrimonio de las personas.

Otros aspectos a destacar, son las circunstancias agravantes que presenta el delito de estafa las cuales se encuentran previstas en el artículo 216 del Código Penal de El Salvador, estableciendo cinco literales de los cuales solo será objeto de estudio el numeral quinto, el cual determina que el delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años en los casos siguientes: “Cuando se realizare manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos”⁹⁰

En consecuencia, dichas disposiciones legales son algunas de las comprendidas en el título VIII "Delitos relativos al Patrimonio", capítulo III "de las Defraudaciones"; disposiciones que están vinculadas como se observa con el patrimonio, como bien jurídico protegido, ya que se exige la existencia de un perjuicio, concebido éste como la disminución del valor global del patrimonio y también porque el inc. 2º del art. 215 del código penal salvadoreño, considera el perjuicio como uno de los criterios para fijar la sanción. Así mismo es de considerar las agravantes derivadas del delito en

⁹⁰ José Manuel Maza Martín, “Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad Criminal”, (Ed. La Ley, España, 2007). 17

comento, con especial referencia a la establecida en el artículo 216 numeral 5 del código penal salvadoreño, donde señala a la estafa cometida por manipulación informática.

2.1.4. Definición Jurisprudencial

La Sala de lo Penal ha definido el delito de estafa como: “el engaño con trascendencia jurídica suficiente para producir error en el sujeto pasivo quien realiza una prestación económica a raíz del vicio de la voluntad, generando un perjuicio en su patrimonio”⁹¹

Por su parte, la Cámara de lo Penal establece que “la estafa en su versión más clásica requiere que el sujeto activo logre obtener para él o para un tercero un provecho injustificado mediante ardid o engaño que permita que la víctima disponga de su patrimonio a consecuencia del fraude desplegado. Engaño, error y decisión patrimonial ulteriormente perjudicial, como consecuencia del engaño o ardid, que generan un yerro en el sujeto pasivo, son aspectos del tipo penal que deben quedar comprobados.”⁹²

En cuanto al engaño o ardid debe hacerse una breve puntualización por la semejanza de los conceptos, que aunque son uniformes en cuanto formas de defraudación, dogmáticamente su contenido de ejecución es diferente.⁹³

⁹¹ Líneas Jurisprudenciales de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del año 2009. Centro de Documentación Judicial.

⁹² Sentencia Definitiva, Referencia 305—2015 (El Salvador, Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador de la Corte Suprema de Justicia, 2016)

Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

⁹³ Ibid.

Así, mientras engaño significa artificio que se realiza mediante maquinación dolosa, para inducir a error a una persona, y como arteria es necesariamente positivo, es decir implica una conducta comisiva; el ardid que es de más amplio contenido, consiste en la astuta transfiguración de la verdad que puede ejecutarse o simulando lo que no es, o disimulando lo que verdaderamente es, y conforme a ese modo de expresión de conductas, puede ejecutarse mediante acción u omisión; o mediante una combinación de las mismas.

Ahora bien, el efecto del engaño o del ardid tiene que ser necesariamente el provecho injusto que el autor recibe para él o para otras personas. La estafa es en definitiva la maquinación engañosa que los romanos calificaban en un sentido absoluto al declarar "*Fraus Omnia Corruptit*" o "El fraude todo lo corrompe".

Por último, aparte de la conducta de ardid o engaño, el error que se suscita en el sujeto pasivo, y la disposición patrimonial que el sujeto asume como consecuencia de ser inducido a un error mediante fraude, la estafa como delito requiere un perjuicio patrimonial, que el tipo penal establece como "perjuicio ajeno", esta situación lesiva para el patrimonio de una persona, es necesaria que se produzca en la estafa, es decir se trata de un perjuicio estrictamente patrimonial, lo cual significa que el pasivo, dispone a favor del sujeto activo de objetos, cosas, o valores con contenido económico, y ello en medro de su peculio.

Los Tribunales de Sentencia de El Salvador, han definido el delito de estafa, como el hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del estafador, una disposición patrimonial perjudicial, que dicho agente pretende convertir en beneficio propio o de un

tercero; advirtiéndose la secuencia causal en la estafa de la siguiente manera: el sujeto activo despliega una actividad engañosa que induce en error a una persona, quien, en virtud de ese error, realiza una prestación que resulta perjudicial para un patrimonio; la conducta punible es, pues, la de defraudar por medio de ardid o engaño.⁹⁴

El delito de estafa consiste en la conducta engañosa con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, determinando un error en una o varias personas que induce a realizar un acto de disposición en perjuicio de su patrimonio o en el de un tercero.⁹⁵

2.2. Bien Jurídico Protegido

Otro aspecto a desarrollar es lo referente al bien jurídico que protege el delito de estafa, pero antes de tratar el tema, es necesario en un inicio definir ¿Qué es un bien jurídico?⁹⁶, al respecto Hormazabal establece: *“los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas de carácter sintéticos protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social”*.⁹⁷ En ese sentido los bienes jurídicos lo son únicamente cuando se entienden en relación a otras personas.

⁹⁴ Sentencia Definitiva, referencia P0141-44-2009 (El Salvador, Tribunal Quinto de Sentencia, San Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2009). Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

⁹⁵ Sentencia Definitiva, referencia P0103-121-2000 (El Salvador, Tribunal Tercero de Sentencia, San Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2000) Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

⁹⁶ Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, 2^{da} ed. (Tirant lo Blanch, Valencia: 1989), 55.

⁹⁷ Hernan Hormazabal Malaree, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, el objeto protegido por la norma penal*, (Barcelona: promociones y publicaciones universitarias, 1991). 152

En concordancia con lo expresado Santiago Mir Puig establece que “el concepto de bien jurídico es, pues, expresión de una relación dialéctica de realidad y valor; *Un Derecho Penal protector de bienes jurídicos no tutela puros valores en sí mismos, sino realidades concretas*”.⁹⁸

Por lo tanto lo que tutela el Derecho Penal, son agresiones a bienes jurídicos que resulten de las interacciones humanas y que se reflejen materialmente en una realidad social; excluyéndose así, las manifestaciones humanas aisladas y sin relevancia en el ámbito de las interrelaciones humanas.

En ese orden de ideas el Código Penal Salvadoreño establece claramente a través del Título VIII "Delito Relativos al Patrimonio", Capítulo tres "de las Defraudaciones", que el bien jurídico que protege el delito de estafa es el “patrimonio”; pero es de considerar tal como lo establece Miguel Bajo Fernández, que hace referencia no solo acciones que lesionan o ponen en peligro al patrimonio, sino también aquellas que afectan otros valores patrimoniales como la propiedad, posesión, o el derecho de crédito, etc..⁹⁹ A diferencia de otros tipos penales como el hurto o el robo, en el caso de la estafa la distinción es aún más evidente, pues no se protege un determinado elemento integrante del patrimonio sino que se toma en cuenta al patrimonio de la víctima como una unidad o conjunto.¹⁰⁰

Por consiguiente, no se persigue la protección de la propiedad ni de la posesión o del título de crédito, sino el resguardo de los valores económicos

⁹⁸ Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, Séptima Edición, (Montevideo Buenos Aires: Editorial IB de F, 2005). 168.

⁹⁹ Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González, “Manual de derecho penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos”, (Madrid: Centro de Estudio Ramón Areces, 1993), 34.

¹⁰⁰ Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “Estafas”, (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997). 33.

que se encuentran bajo la relación de señorío de una persona,¹⁰¹ aunque necesariamente claro está, el ataque al patrimonio de la víctima siempre se instrumenta a través de la lesión de un concreto bien o valor.¹⁰²

En consecuencia, el bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio globalmente considerado, es decir, en su totalidad como universalidad de derechos, de modo que el delito se perfecciona cuando la conducta realizada por el estafador, se haya traducido en una disminución del valor económico patrimonial de la víctima.¹⁰³

No obstante, únicamente se deben tomar en cuenta los perjuicios patrimoniales derivados directamente del acto de disposición. La estafa, al recaer sobre un objeto cuyo valor resulta inferior al beneficio fiscal que provoca su pérdida, está claro que en lo inmediato y de manera “directa” se ha ocasionado un perjuicio patrimonial al producir la pérdida de la cosa, y en nada afecta la solución el hecho de que “indirectamente” se haya beneficiado económicamente a la víctima. Entre el acto de disposición y el perjuicio patrimonial rige el principio de “inmediatez”¹⁰⁴.

Sin embargo, para abordar con más amplitud el tema, es necesario ahondar en el problema del concepto de “patrimonio” como bien jurídico protegido por el delito de estafa; para lo cual el Derecho Penal a través de las propuestas de los diferentes autores de la doctrina, han desarrollado cuatro teorías básicas las cuales se desarrollaran a continuación.

¹⁰¹ *Ibíd.* 34

¹⁰² Valle, *“El Delito de estafa y su Delimitación Jurídico Penal con el Fraude Civil”*, 81.

¹⁰³ Como señala Bajo Fernández, “la comparación del patrimonio total, antes y después del acto de disposición, servirá para determinar el perjuicio de la estafa consumada”

¹⁰⁴ *Idem.*

2.2.1 Teorías sobre el Concepto de Patrimonio

A) Concepto Jurídico de Patrimonio: De acuerdo con esta teoría, el patrimonio es el conjunto de “derechos patrimoniales” de una persona; y sólo se considera elemento integrante del patrimonio aquel que está reconocido como “derecho subjetivo” por el orden jurídico.¹⁰⁵ Por lo que esta concepción genera tres consecuencias fundamentales:

a) 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.

b) 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”.¹⁰⁶

c) 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.

¹⁰⁵ Karl Binding, Libro de texto de derecho penal alemán común, Parte Especial, (Ed. B de F, Argentina, 1969), 237. Concibe al patrimonio como “la suma de los derechos y deberes patrimoniales de una persona”

¹⁰⁶ Fernández et al., 268

Es así como en esta teoría, lo que únicamente importa es 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.¹⁰⁷ Con razón se ha dicho que el concepto jurídico de patrimonio 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.¹⁰⁸

B) Concepto Económico de Patrimonio: Conforme a este punto de vista, patrimonio es el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren reconocidos jurídicamente como “derechos”. Las consecuencias son exactamente inversas a la teoría anterior:

a) Deben incluirse en el concepto de patrimonio a los bienes o cosas de procedencia ilícita. La defraudación que se comete en perjuicio del coautor del robo en el reparto del dinero debería ser incluida en el tipo penal de estafa, lo que no parece satisfactorio. Como afirma Bajo Fernández, “al incluir siempre en el concepto de patrimonio la cosa poseída antijurídicamente, se da una amplitud excesiva al delito de estafa”.¹⁰⁹

b) Obviamente, forman parte del patrimonio las “expectativas” cuando tengan un valor económico determinado, aunque todavía no puedan considerarse desde el punto de vista jurídico como “derechos adquiridos”.

¹⁰⁷ En el ejemplo de Conde-Pumpido Ferreiro, esto se daría por ejemplo en la venta, como un supuesto Stradivarius o instrumento de cuerda, de un violín vulgar pero en un precio equivalente al valor intrínseco de tal violín falso.

¹⁰⁸ Ibid. 36

¹⁰⁹ Ibid.

c) Por último, se deben excluir del bien jurídico a las cosas u objetos desprovistos de valor económico, que sólo posean una apreciación afectiva o sentimental; el valor de la cosa se determina “objetivamente” sin tener en cuenta el juicio de la persona.

El problema más importante que presenta esta posición es, como afirma Valle Muñiz, *“su gran permeabilidad cuando integra en el patrimonio posiciones en el tráfico económico que, susceptibles de valoración, adolecen de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico”*¹¹⁰ y, por otra parte, en muchos casos resulta muy difícil, por no decir imposible, prescindir por completo de criterios “jurídicos” para determinar si el bien pertenece o no al patrimonio.¹¹¹

C) Concepto Mixto o Económico-Jurídico de Patrimonio: El criterio que parece más adecuado para definir el bien jurídico protegido por el delito de estafa es el mixto, según el cual, por patrimonio corresponde entender al conjunto de bienes o derechos con valor económico que además gocen de protección jurídica.¹¹²

De esta forma se logra un concepto que no resulta ni muy restringido ni tampoco excesivamente amplio, permitiendo explicar satisfactoriamente la mayoría de los supuestos problemáticos que se presentan en la estafa.¹¹³

Sin embargo, se considera que la teoría mixta debe ser aclarada en el sentido de que únicamente pueden considerarse incluidos en la tutela

¹¹⁰ Valle, *“El Delito de estafa y su Delimitación Jurídico Penal con el Fraude Civil”*, 82.

¹¹¹ Fernández et al., 268.

¹¹² Hans Welzel, *La ley penal alemana*, (Berlín, Walter de Gruyter, 1969), 372. Siguiendo este punto de vista, *Welzel*, para quien el patrimonio de una persona se compone de la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico.

¹¹³ Susana Huerta Tocildo, “Protección penal del patrimonio inmobiliario”, 35, citado por Romero, Gladys, *Delito de estafa*, 2ª. ed., (Buenos Aires, Hammurabi, 1998). 274.

aquellos bienes y derechos económicos que se encuentren reconocidos por el derecho, pero que no contradigan el sistema de valores de la Constitución y del orden jurídico en general. Como señala Frank Zieschang, a los fines del tipo penal en comento sólo pueden pertenecer al concepto de patrimonio *“los bienes de una persona que no se encuentren en oposición con el sistema de valores fundamentales plasmados en la Constitución”*¹¹⁴

En esta noción de patrimonio deben incluirse por lo tanto: a) Las cosas, bienes y créditos con valor económico; b) Los derechos reales, personales e intelectuales; c) La posesión, la cual debe quedar al margen cuando sea obtenida ilícitamente; d) Las expectativas (ganancias futuras), pero en general se exige que tengan una base jurídica preexistente y cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación.

D) El Llamado Concepto “Personal” de Patrimonio: Finalmente, para algunos autores el patrimonio debe considerarse como una “unidad personalmente estructurada” que garantiza el desarrollo de la personalidad en el ámbito de los objetos. Así, Gladys Romero afirma:

“Lo que caracteriza el concepto personal de patrimonio consiste, sobre todo, en el reconocimiento de la finalidad económica individual y las posibilidades de acción del titular del patrimonio”, poniendo de manifiesto que “en los delitos patrimoniales no se lesiona cualquier acumulación de bienes con valor monetario perteneciente a alguien, sino a la persona a la que corresponde el patrimonio y, además, se le lesiona en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los fines perseguidos con sus actos de disposición”.

¹¹⁴ Frank Zieschang: “La protección de la propiedad a través del delito de estafa”, revista *Santa Fe*, n. 2000-1, (2000): 11-13.

La consecuencia más importante es que, el perjuicio patrimonial¹¹⁵ 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.¹¹⁶

En realidad esta tesis ha sido criticada por su falta de utilidad práctica, pues se entiende que todos los problemas que plantea pueden ser resueltos satisfactoriamente con la postura mixta jurídico-económica,¹¹⁷ dado que este concepto de ninguna manera significa que el perjuicio patrimonial en la estafa únicamente deba medirse con “valores pecuniarios”, sino que también corresponde tener en cuenta las necesidades y fines del engañado.¹¹⁸

Por su parte, la Jurisprudencia penal salvadoreña ha establecido que el bien jurídico protegido penalmente por el tipo penal en análisis es *el patrimonio*. Por lo que, la estafa es un delito de contenido patrimonial, y no protege en sí mismo la buena fe en el tráfico, ni un derecho a la verdad.¹¹⁹

Por tanto, para determinar la existencia de perjuicio no es preciso valorar el patrimonio antes y después de la presunta estafa, para decidir si su

¹¹⁵ Romero, Delito de estafa, 282.

¹¹⁶ Ibid. 283. Como señala Conde-Pumpido Ferreiro, para esta teoría “el perjuicio patrimonial deviene de una reducción de la potencia económica del propietario, reducción que no tiene por qué valorarse exclusivamente en términos monetarios, sino que surge también de una disposición sobre los bienes económicos que no consigue, para el que la realiza, el fin que con ella pretendía: en el ejemplo del Stradivarius falso, el patrimonio monetariamente hablando no sufre perjuicio, pero su titular no consigue poseer un violín de aquel luthier, que era lo que le llevó a la compra del objeto.”

¹¹⁷ Fernández, “Manual de derecho penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos”, 269, y Conde-Pumpido Ferreiro. 41.

¹¹⁸ Oneca, “Estafa” en Nueva Enciclopedia Jurídica, 13.

¹¹⁹ Sentencia, referencia 280-2-09, (El Salvador, Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2010). Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

valor global ha disminuido, sino que existirá perjuicio si se ha producido la salida ilegítima de alguno de los elementos patrimoniales sin recibir contraprestación o si ésta es de inferior valor económico a la correspondiente a aquella salida.¹²⁰

2.3. Elementos del tipo penal de Estafa

En este apartado se pretende desarrollar los elementos objetivos y subjetivos esenciales para que se configure, en ese sentido la doctrina y la jurisprudencia Salvadoreña ha estimado que para la existencia del delito de estafa, se deducen distintos elementos esenciales los cuales son:

2.3.1. Elemento Objetivo

Al respecto se tiene como primer elemento: *A) el engaño o ardid o cualquier medio de sorprender la buena fe; ya que para que éste engaño se entienda configurado tiene que ocurrir el elemento falsario, que altere la verdad; es decir, debe haber una intención de hacer aparecer a los ojos de la víctima una situación falsa como verdadera, siendo “el elemento esencial portador del desvalor de la acción”;* este engaño debe ser bastante o suficiente para inducir a error a la víctima.

Se ha definido al engaño como *“la falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer¹²¹”* o como la afirmación de hechos falsos con simulación de verdaderos¹²²; definiciones que si bien son clara muestra

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Luis Rodríguez Ramos, “Compendio de Derecho Penal, Parte Especial”, (ed. Trivium Madrid, 1985). 320.

¹²² Conde, “Estafas”, 412; por su parte Montalvo, ha definido la conducta típica constitutiva de engaño como la creación de “...la apariencia de que lo que sucede objetivamente es

de la amplitud propia de este concepto, no generaran una merma de seguridad jurídica que pudiese considerarse como determinante de una infracción del principio de legalidad, puesto que, a pesar de un enorme nivel de abstracción, permiten delimitar adecuadamente el ámbito de lo punible por este delito, al exigir en todo caso que la conducta englobable en dicho concepto supusiese *“la afirmación de una falsedad con respecto a un hecho o la representación de un hecho falso como real o verdadero”*, debiendo considerarse como hecho a tales efectos todo aquello que pueda ser conocido.¹²³

La ley define este elemento como “ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe”, en una definición reiterativa, cuya finalidad es dejar claro que este es elemento esencial, portador del desvalor de acción. Hay innumerables definiciones del concepto de engaño, pero todas ellas se centran en la falta a la verdad en el comportamiento del sujeto activo, de cualquier modo, mediante hechos o palabras o por cualquier otra vía.¹²⁴

Con carácter general el engaño o ardid debe ser, en el tiempo, antecedente o coincidente con el injusto provecho logrado con el sujeto activo y en una relación intelectual, causante y bastante respecto del perjuicio del sujeto pasivo y del provecho buscado por el sujeto activo.

El Código Penal de El Salvador no exige expresamente que el engañado se encuentre en situación de error, sino solo que el ardid, engaño

coincidente con las representaciones del disponente, aunque, en realidad, se oculta que esa concordancia no se da”, en el delito de estafa. 87.

¹²³ Binding, Libro de texto de derecho penal alemán común, Parte Especial, 340.

¹²⁴ Código Penal comentado de El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Tomo 2, 2004. 750-751

o medio contrario a la buena fe, de lugar a un provecho injusto ajeno, por lo que, a la luz del principio de intervención mínima del Derecho Penal y de carácter fragmentario de este ordenamiento, en cada caso será necesario valorar si, dentro del correspondiente sector de actividad y extracto social, la conducta del sujeto activo aparece como adecuada para producir aquel injusto provecho y su correspondiente perjuicio y además, si excede de los límites represivos de otras ramas del ordenamiento.¹²⁵

El engaño puede ser explícito, en el que se realizan manifestaciones contrarias a la verdad, y también puede ser el llamado engaño implícito, en el que una persona realiza un contrato o pacto sin manifestar nada que sea falso; pero ocultando que desde el principio, no tiene intención de cumplir ningún compromiso. Este supuesto, llamado también contrato criminalizado, habrá engaño y estafa si la voluntad de incumplir existía desde el principio. El problema es la existencia de prueba de este elemento, que es interno y requerirá la presencia de signos externos inequívocos.

Se ha discutido mucho si cabe el engaño por omisión y hay acuerdo general en que, para centrar la discusión, hay que separar los auténticos casos de omisión de aquellos en los que una omisión convierte en engañosa una previa conducta positiva.

Estos últimos son simples engaños positivos y su tratamiento es el normal y, en cuanto a los primeros, la postura mayoritaria entiende que no dan lugar a la estafa porque el perjuicio no es producido por el engaño del sujeto activo, sino por un previo error del sujeto pasivo.¹²⁶

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.*

En definitiva, no constituye engaño los casos en lo que el provecho del sujeto activo no se produce por el engaño sino por la credulidad o ignorancia reprobable de la víctima.

B) El segundo elemento es el error en la víctima, se trata de un estado psicológico provocado por el autor del delito, quien induce a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial. En ese sentido la situación falsaria que se le presenta a la víctima, debe tener apariencia de realidad para que el engaño se concretice, y que el mismo sea el presupuesto para crear el error. En ese aspecto Bajo Fernández y Pérez Manzano establece que el error es “un conocimiento viciado de la realidad”.¹²⁷

Suele decirse error propio (creencia equivocada de un hecho o dato de la realidad) e impropio (ignorancia o desconocimiento de aquel hecho o dato real), aunque claro está, también en este último caso, en definitiva, la ignorancia de la víctima tarde o temprano se traduce en un error en la apreciación.¹²⁸

Aquí el error adquiere una importancia vital, pues a diferencia de otros delitos como el hurto o el robo, no se trata de “sustraer” o “apoderarse” sino de provocar la colaboración del sujeto pasivo y que éste, engañado, sea quien realice una disposición patrimonial en perjuicio de sí mismo o de un tercero.

¹²⁷ Fernández, et al., 282.

¹²⁸ Ferreiro, ibíd. 80-81, quien señala que el concepto de error a efectos del tipo radica en la presencia de una falsa o incierta representación de la realidad provocada por el engaño, ya sea producto de un acto positivo o error propio, que ofrece al sujeto una versión de la realidad distinta a cómo es, ya lo sea de un acto negativo o ignorancia, que impide al sujeto representarse a la realidad tal como es. En ambos casos hay una ausencia de la representación de la realidad, por lo que la voluntad aparece viciada, y el acto de disposición a que tal voluntad errónea se encamina aparece por ello también viciado.

Se está en presencia de un elemento, que podría considerarse como de “nexo” o “unión” entre los otros componentes del delito; por un lado el error debe haber sido “consecuencia” del engaño; y al mismo tiempo debe ser la “causa” del perjuicio patrimonial. Es decir, se observan claramente dos momentos distintos en el delito de estafa: uno de ellos es cuando a partir del engaño la víctima incurre en error y luego cuando dicho error determina el acto de disposición. Para la configuración del delito de estafa resulta imprescindible que el sujeto pasivo realmente haya sido “engañado” por la conducta del autor; si no existe error, el posible perjuicio patrimonial que se genere nunca puede constituir aquel delito.¹²⁹

C) El tercer elemento es el *acto de disposición patrimonial*, resulta necesario que la persona engañada realice actos de disposición sobre determinados bienes que le afectan su patrimonio, ya sea dejando de reclamar algo o entregando algo, que perjudica de manera directa o indirecta su peculio personal o ajeno. Por lo que el tipo penal de estafa exige que a consecuencia del error la víctima realice un acto de disposición patrimonial. Éste, a su vez, debe ser la causa del perjuicio patrimonial. Con Valle Muñiz se puede definir este elemento como “aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error, que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero”.¹³⁰

Sin duda se está en presencia de un requisito que le atribuye una connotación especial a la estafa pues, a diferencia de otros delitos contra el patrimonio, para la configuración del tipo es ineludible una contribución

¹²⁹ Como afirma Cramer, “el error tiene que corresponder al acto engañoso, porque si no, no se le podría atribuir, y además tiene que influir sobre el motivo de la disposición, porque si no carecería de causalidad” (En comentario del Código Penal Alemán, núm. 33, par. 263, citado por Valle Muñiz, 189.

¹³⁰ *ibíd.* 214.

especial de la víctima. Es imprescindible que la disposición sea realizada por la misma persona que sufrió el engaño, pero 'en cambio' el acto de disposición puede generar un perjuicio patrimonial propio o ajeno, de modo que no necesariamente debe coincidir la identidad de quien dispone movido por error y la de quien en definitiva resulta perjudicado.¹³¹

Este elemento de la estafa debe ser entendido en sentido amplio, no consiste únicamente en la entrega de una cosa, sino que debe incluirse en el concepto de disposición patrimonial cualquier otra decisión con consecuencias patrimoniales perjudiciales, ya sea que recaiga sobre bienes muebles, inmuebles, derechos de contenido patrimonial o en la prestación de servicios, siempre que tengan un valor económico.¹³²

Por ello resultaría apropiado hacer referencia a los actos de "atribución patrimonial", en lugar de meros actos de disposición, pues el concepto incluye la transferencia, modificación o extinción de un derecho preexistente, como también la creación de una relación jurídica nueva que represente una ventaja patrimonial en favor del sujeto activo.¹³³

Por otra parte, aunque no se cite expresamente en el tipo penal, es imprescindible que exista un acto de disposición realizado por la persona a la que se ha engañado, pues solo mediante él puede producirse el perjuicio y el provecho ilícito. Son actos de disposición las acciones y omisiones, aunque estas serán poco frecuentes, que impliquen un desplazamiento patrimonial porque se entreguen, cedan o presten cosas, derechos o servicios.

¹³¹ Fernández et al., 283; Conde-Pumpido Ferreiro, 85; González Rus, 669.

¹³² *Ibíd.* 284.

¹³³ Ferreiro, "Estafas", 84. Claramente señala que "en el sentido del tipo, el acto de disposición debe entenderse como un sacrificio patrimonial que recae sobre la víctima o que el acto de la víctima produce a un tercero (perjuicio), con un correlativo beneficio (lucro) para el autor del delito o también para un tercero al que aquél pretende beneficiar".

El concepto de acto de disposición no coincide con el de negocio jurídico y hay acto de disposición aunque quien lo realiza no tenga capacidad para realizar el negocio jurídico, como cuando se estafa a un niño, que no tiene capacidad para negociar; el acto de disposición tiene que haber sido realizado por el empleo de engaño y debe realizarlo el engañado, que puede no coincidir con el sujeto pasivo del delito.¹³⁴

Es el acto de disposición, el que determina el valor de la defraudación, que debe superar los doscientos colones para que el hecho sea delito y no falta. El valor del objeto entregado sin contraprestación, la diferencia entre el valor de ese objeto y la contraprestación recibida por el o el valor del derecho atribuido por engaño o del servicio prestado por el mismo motivo deben, por tanto, superar los doscientos colones (\$22.857)¹³⁵.

En consecuencia la disposición patrimonial efectuada por el engañado, deberá producir un perjuicio en su propio patrimonio o en el de un tercero. De este modo, el daño patrimonial será el resultado de la disposición patrimonial.

D) En el cuarto elemento, se exige también un *nexo causal entre el error y engaño*, siendo este la relación que debe existir entre la situación falsaria y el error en que se hace caer a la víctima, cuya errónea percepción de la realidad le torna víctima del sujeto activo del delito de estafa. Por lo que el ardid engaño debe ser idóneo, relevante y adecuado para provocar error en el Sujeto Pasivo, marcando el nivel de idoneidad típica del engaño en la

¹³⁴ Código penal Comentado de El Salvador, 752

¹³⁵ Ley de Integración Monetaria, D.L. N° 201, del 30 de noviembre de 2000, publicado en el D.O. N° 241, Tomo 349, del 22 de diciembre de 2000, entro en vigencia el 01 de enero de 2001.

medida en que de él depende la relevancia jurídico-penal del acto de disposición y, en consecuencia, la perfección del delito de estafa.

Consecuencia de lo anterior será, sin duda, la imposibilidad de afirmar imputación objetiva del resultado directamente provocado por la disposición patrimonial, si el error lejos de ser causa del comportamiento engañoso, aparece como consecuencia de la propia negligencia o falta de cuidado del sujeto que lo sufre; sin error no existe estafa. El ardid o engaño debe provocar el error de la víctima; 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 está viciada, desde el comienzo, por el error provocado mediante la actividad fraudulenta.*¹³⁶

E) El quinto elemento, lo constituye *la existencia del perjuicio económico*, producido por esa errónea disposición patrimonial, su comisión perjudica en su patrimonio al sujeto pasivo. Es importante aclarar que la víctima del delito (sujeto pasivo) siempre es quien sufre el perjuicio al bien jurídico, aunque no coincida con la persona del engañado. El engañado aparece exclusivamente como sujeto pasivo de la acción, pero no necesariamente como sujeto pasivo del delito¹³⁷.

Por ello, el perjuicio es una disminución del valor económico del patrimonio del sujeto pasivo consecuencia de un ataque fraudulento a uno o varios elementos que lo integran. Para determinarlo se debe comparar la situación patrimonial de la víctima antes y después del acto de disposición determinado por el error, pero únicamente deben considerarse los perjuicios

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Fernández et al., 286.

causados directamente por el acto del engañado, sin tomar en cuenta los efectos que se puedan producir en forma “mediata”;¹³⁸ por ejemplo, el delito de estafa no se excluye por la circunstancia de que la entrega de la cosa bajo engaño en realidad produzca un beneficio patrimonial, ya que le generaba a su titular más gastos que ingresos.

No se puede establecer la existencia de un perjuicio en los casos en que la conducta del sujeto engañado se traduce únicamente en un “peligro” para el patrimonio, pues no estamos en presencia de un delito de peligro sino de resultado.¹³⁹

F) Finalmente se requiere *ánimo de lucro para sí o para otro*, del sujeto activo, para llevar a cabo las acciones necesarias para hacer caer en error la víctima y obtener un beneficio económico perseguido; siendo necesario que entre estos elementos exista una relación en cadena lógica dentro del curso causal, es decir un orden cronológico y una relación causal entre los elementos que configuran el tipo; exigiendo además el tipo subjetivo del delito, tal como lo expresa el citado autor, que el dolo abarque a todos los elementos que configuran el tipo penal.¹⁴⁰

Por lo tanto, la estafa requiere de un iter lógico y gradual que, para que se entienda apegado a las exigencias del tipo penal objetivo, precisa de los siguientes pasos, los que deben aparecer en el orden en que serán

¹³⁸ Valle, “*El Delito de estafa y su Delimitación Jurídico Penal con el Fraude Civil*”, 230-233

¹³⁹ Véase Romero, *Delito de estafa*, 325-326; también, Valle, “*El Delito de estafa y su Delimitación Jurídico Penal con el Fraude Civil*”, 244. En palabras de Núñez, “la estafa es un delito de daño efectivo, y no de peligro de daño. Exige una disposición privativa de una propiedad, y no sólo una disposición que pueda producir esa privación”.

¹⁴⁰ Recurso de Apelación, Referencia Inc-180-14 (El Salvador, Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2011). Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

expuestos: el ardid o engaño, el error, la disposición patrimonial y el provecho injusto –el que debe ser simultáneo al perjuicio patrimonial ajeno-; siendo así como debe darse la relación de causalidad entre el ardid y el detrimento en el patrimonio.¹⁴¹

En ese sentido el núcleo, la espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa lo constituye *el ardid o engaño*, por el que se entiende la existencia de maquinación¹⁴², ingenio falaz o simulación por parte del sujeto que trata de aprovecharse del patrimonio ajeno, tal sujeto debe tener la aptitud suficiente de inducir a error al otro (sujeto pasivo), siendo lo decisivo del engaño, dar de cualquier modo concluyente y determinado la apariencia de verdad a un hecho falso.

Dicho engaño, ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado.

El engaño, es el elemento esencial de la delincuencia, claro es que hay que suponer para admitir su eficacia, determinadas condiciones de defensa para no dejarse engañar en la persona contra quien el delito se cometa. *Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad, o una*

¹⁴¹ Recurso de Apelación contra Autos, referencia APND-01-05-15. (El Salvador, Cámara de la Tercera Sección de Occidente, Ahuachapán, de la Corte Suprema de Justicia, 2015) Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

¹⁴² Según el Diccionario de la Real Academia Española, define como “maquinación” al proyecto o asechanza artificiosa y oculta, dirigida regularmente a un mal fin.

extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse efecto de censurable abandono, como falta de debida diligencia.”¹⁴³

2.3.2. Elemento Subjetivo

Con carácter mayoritario se exige que el sujeto activo busque lograr, para él o para otro, un enriquecimiento correlativo al perjuicio causado al sujeto pasivo, consistiendo en esto la voluntad de obtener el provecho injusto que, como elemento subjetivo del tipo exige la ley.¹⁴⁴

En ese sentido, el delito de estafa es calificado como doloso, el sujeto activo tiene pleno conocimiento de los elementos objetivos del tipo; así el autor del delito debe estar consciente de la relación que existe entre el engaño que ejecuta y el error en que hace incurrir a la víctima. En el delito de estafa, el autor debe tener el propósito de obtener un beneficio económico, es decir que debe motivarse por un ánimo de lucro. El ánimo de lucro se ve reflejado al momento en que el artículo 215 del código penal salvadoreño hace referencia al “provecho injusto en perjuicio ajeno”, por lo que resulta imposible su ejecución culposa.¹⁴⁵

El ánimo de lucro es el elemento subjetivo de tendencia interna y trascendente, porque la finalidad del sujeto va más allá de la realización del

¹⁴³ Recurso de Apelación contra Autos, referencia APND-01-05-15 (El Salvador, Cámara de la Tercera Sección de Occidente, Ahuachapán, de la Corte Suprema de Justicia, 2015) Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

¹⁴⁴ Código penal Comentado de El Salvador, 753.

¹⁴⁵ Sentencia Definitiva, Referencia P1201-44-2007, (El Salvador, Tribunal de Sentencia San Francisco Gotera, de la Corte Suprema de Justicia, 2007) Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

hecho típico; ahora bien: aunque es imprescindible que en el sujeto exista ese específico ánimo de lucrarse al tiempo de llevar a cabo el comportamiento típico, no es necesario que consiga efectivamente su finalidad o móvil lo cual significa, respecto a la estafa, que el momento de su consumación a de fijarse como en todos los delitos, en el instante en que acontece el resultado típico (el perjuicio patrimonial a consecuencia del acto de disposición), sin que sea preciso que el estafador se enriquezca (se realice su finalidad lucrativa). En fin, el ánimo de lucro supone la intención del sujeto de obtener una ventaja patrimonial (un valor estimable en dinero: obtención de derechos, liberación de obligaciones, demora en su cumplimiento y prestación de servicios.)¹⁴⁶

En ese sentido, partiendo de un concepto de dolo como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, en el caso de la estafa, se exige que el autor “conozca” y tenga la “voluntad” de engañar y ocasionar un perjuicio patrimonial, obrando además con una motivación especial que es el ánimo de lucro.

Con respecto al elemento cognoscitivo, entran en juego aquí todos los posibles casos de error sobre el tipo que, al excluir el dolo, eliminan la tipicidad de la conducta dando lugar a la impunidad del autor. Por ello, si el sujeto creyó erróneamente en la veracidad de sus afirmaciones (por ejemplo: cree que el collar de perlas que vende es verídico y en realidad es sólo una vulgar falsificación), la conducta debe quedar impune, ya se trate de un supuesto de error vencible o invencible, pues la ley no ha previsto la forma culposa.

¹⁴⁶ Oneca. *Las estafas y otros engaños*, 14

Pero en lo que se refiere al tipo subjetivo, es necesario formular dos aclaraciones importantes: 1) El delito exige el dolo directo y no admite el eventual.

La estructura del tipo es marcadamente intencional, el agente es consciente y quiere engañar por medio de manifestaciones falsas, representándose el resultado de su conducta, y obrando con la finalidad especial de obtener un lucro indebido. Si bien en el dolo eventual el autor también se decide contra el bien jurídico protegido por el tipo, no obra "queriendo" causar el resultado, sino que más bien se representa seriamente su posible producción y se resigna o conforma con esa eventualidad. Esto parece incompatible con la idea misma de la defraudación, que exige el despliegue de un ardid o engaño destinado a perjudicar a la víctima y al logro de una ventaja patrimonial.¹⁴⁷

En ese margen de ideas, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sostiene que en el delito de estafa debe concurrir dolo defraudatorio; el cual, para su configuración, exige que el sujeto activo actúe con conciencia y voluntad de defraudar desde que se inician los hechos constitutivos del delito, y no habrá dolo si el autor no es consciente del engaño desde el principio, pues el dolo subsiguiente no convierte la maniobra defraudatoria en el delito de estafa; ya que éste exige la existencia de un dolo antecedente, es decir indicios inequívocos de que desde el principio existía intención de defraudar. *Por tal razón en el delito de estafa, el dolo debe ser previo o antecedente y no subsecuente"*

¹⁴⁷ En palabras de Conde-Pumpido Ferreiro, la admisión de dolo eventual es incompatible con la exigencia de ánimo de lucro, pues éste sólo es real cuando el sujeto es realmente consciente de su actitud engañosa y pretende obtener un enriquecimiento injustificado.

Por lo que no existe dolo de estafa en los siguientes supuestos¹⁴⁸:

- a) Cuando falta en el agente la conciencia de falsedad en las afirmaciones o maquinaciones utilizadas (por lo que no hay intención de engañar ni, por ende, dolo de estafa).¹⁴⁹
- b) Cuando tiene conocimiento de que falta a la verdad en lo que se dice a otro o se hace creer, pero no tiene la intención de inducirle a una disposición patrimonial lesiva (diríamos que aquí el sujeto intenta engañar, pero no completa el dolo de estafa).
- c) Cuando no se representa a la fuerza motivadora de su conducta engañosa: está convencido de que sus manifestaciones no van a ser creídas o que resultaren ineficaces (falta, por ello, el dolo en buena parte de los temas y exageraciones habituales en la publicidad, además de la eventual ausencia de otros requisitos típicos, como tuvimos ocasión de apuntar).¹⁵⁰
- d) Tampoco hay dolo cuando con el engaño solo se busca obtener el consentimiento viciado de la víctima para la conclusión de un contrato u otro negocio jurídico, pero no se pretende la obtención de un provecho inmediato ilícito (aquí no moveríamos en el terreno de la ilicitud civil).¹⁵¹
- e) Evidentemente, tampoco existiría el dolo requerido en la estafa cuando la intención de provocarle al otro el perjuicio es posterior a la decisión de la víctima de realizar el traspaso patrimonial (serían subsumibles aquí, por ejemplo, los supuestos contractuales en los que no habiendo utilizado el vendedor engaño alguno para llegar al

¹⁴⁸ Recurso de Casación, Referencia 314-CAS-2004 (El Salvador, Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2005) Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

¹⁴⁹ Juan José Gonzales Rus, "Los intereses económicos de los consumidores, protección penal", (Instituto Nacional del Consumo, Madrid). 304.

¹⁵⁰ Romero, Los Elementos del tipo del tipo de Estafa, 160-161.

¹⁵¹ Valle, "El Delito de estafa y su Delimitación Jurídico Penal con el Fraude Civil", 272.

acuerdo de voluntades y obtener la prestación de la otra parte, posteriormente sobreviene la intención de engañar, que afectara, en exclusiva, a la ejecución de su prestación).¹⁵²

2.3.3. Relación entre los elementos objetivos y subjetivos del Delito de Estafa

A nivel práctico el problema es saber si la valoración hay que hacerla desde el punto de vista objetivo, tomando como víctima a un hombre medio, de modo que sería engaño lo que apareciese como adecuado para engañar a una persona de formación y experiencia normal, en el correspondiente sector de actividad, o desde el punto de vista subjetivo, atendiendo cuando existan a las especiales condiciones del sujeto pasivo, de modo que sólo sería engaño lo apto para engañar a quien, en el caso concreto, fue objeto de la acción del sujeto activo.

La solución a dicho problema se resuelve al combinar los criterios del módulo objetivo y subjetivo. En primer lugar, el módulo objetivo, será bastante para la existencia de la estafa el engaño que, en la convivencia social, aparezca como hábil frente a una persona media, lo que nos permite excluir del delito las falacias más burdas, así como las exageraciones, inexactitudes o mentiras acordes con las prácticas sociales. En segundo lugar, con respecto al módulo subjetivo, el engaño para ser constitutivo de estafa, vistas las condiciones del sujeto pasivo, también debe aparecer como adecuado para confundir a éste. Además el riesgo para la realización del acto de disposición por un engaño debe sobrepasar lo socialmente aceptado

¹⁵² Fernández et al., 176

por lo que las prácticas engañosas respetuosas de las reglas sociales no son estafa.¹⁵³

2.4. Sujeto Activo y Sujeto Pasivo del Delito de Estafa

El sujeto activo es el autor de las conductas engañosas. Se trata de cualquier persona que deliberadamente intenta por medio del ardid hacer incurrir a la otra persona que contrata en el error para que voluntariamente realice una disposición patrimonial. No se requiere de ninguna condición especial de carácter personal para que el hecho que se realiza sea constitutivo de estafa.¹⁵⁴

En el delito de estafa, cualquier persona puede ser autor, pero no ocurre lo mismo con *el sujeto pasivo*, que tiene que ser alguien con capacidad psíquica para tener una noción correcta respecto de aquello sobre lo cual lo induce en error el agente, puesto que, de otra manera, no podrá ser engañado en el sentido de la ley; quien despliega medios engañosos para hacerse dar algo por un infante de pocos años o por un enfermo mental que no sabe lo que hace, comete hurto, no estafa.¹⁵⁵

El sujeto pasivo en el delito de estafa tiene que ser alguien que pueda tomar la disposición patrimonial perjudicial: no lo será quien no tenga el bien

¹⁵³ Sentencia Definitiva, Referencia P0131-63-2008 (El Salvador, Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2008) Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

¹⁵⁴ Miguel Alberto Trejo, "Manual de Derecho Penal. Parte Especial I, Delitos contra los bienes jurídicos de las personas." Tomo II, Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, (El Salvador, 1993). 849.

¹⁵⁵ Sentencia Definitiva, referencia P0141-44-2009 (El Salvador, Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2009). Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv.

que integraría la prestación o que no puede disponer materialmente de él por la situación en que se encuentra.¹⁵⁶

Cuando el sujeto pasivo del fraude no es el titular del patrimonio ofendido, éste es el perjudicado, pero aquél es el sujeto pasivo de la estafa y el que debe reunir las características propias de esa figura de sujeto; en tales casos basta con que pueda tomar la disposición patrimonial perjudicial para el patrimonio del tercero, aunque no tenga una facultad jurídica para disponer por éste; es suficiente, pues, con que disponga materialmente del objeto que constituye la prestación o que pueda decidir de algún modo sobre ella.¹⁵⁷

2.5. Consumación

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

Autores tales como Francisco Muñoz Conde y Alberto Donna son partidarios de la tesis que sostiene que “la estafa es un delito contra el patrimonio por lo tanto, se consuma con la producción del perjuicio patrimonial; por lo que no es preciso que se haya producido el correspondiente provecho.”¹⁵⁸

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

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Ibidem*

¹⁵⁸ Alberto Donna, “*Derecho Penal parte Especial*”, Tomo II-B, (Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007) 401-402.

totalidad de los elementos del injusto y se produce el resultado típico, esto es, el desplazamiento patrimonial con el consiguiente perjuicio, por una parte y enriquecimiento, por otra.

Por lo que Alfonso Heras, agrega que es de advertir que no siendo el delito de estafa un delito de mera actividad, sino, es evidente, de resultado, el mismo no se consuma hasta que no se produce el objetivo pretendido por el autor, es decir el desplazamiento patrimonial que permita al agente la disponibilidad del beneficio ilícitamente obtenido, debiendo calificarse, en otro caso, la conducta como constitutiva de un delito de estafa en grado de tentativa acabada.¹⁵⁹

En ese margen de argumentos, la Jurisprudencia Penal Salvadoreña ha sostenido que el delito de estafa es un delito de resultado, el cual se consuma una vez disminuido el patrimonio del sujeto pasivo, y aumentado el patrimonio del sujeto activo.¹⁶⁰

La estafa es un delito de resultado, que recae sobre el patrimonio ajeno, que en definitiva es el bien jurídico protegido en este delito, por lo que se llega a la conclusión que para la legislación de el salvador, se produce el daño cuando se realiza la tradición de la cosa, pues, el daño esta efectuado con la sola entrega, por lo que realizada esta, se asume que se ha causado un perjuicio por un lado y por otro el autor ha tenido el beneficio patrimonial propuesto, sin entrar a indagar si ciertamente el sujeto activo ha dispuesto efectivamente del obtenido ilícitamente e injustamente.

¹⁵⁹ Alfonso Arroyo de las Heras, *“Los delitos de estafa y falsedad documental”*, (Barcelona. Ed. Bosch S.A., 2005) 52.

¹⁶⁰ Sentencia Definitiva, referencia P1201-64-2005 (El Salvador, Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera, de la Corte Suprema de Justicia, 2005). Disponible en [www. Juris prudencia.gob.sv](http://www.jurisprudencia.gob.sv).

Por su parte la Jurisprudencia Penal Salvadoreña establece que el delito de estafa al ser un delito de resultado se consuma cuando se produce el perjuicio, y el perjuicio tiene lugar cuando al realizar el sujeto pasivo el engaño, el acto de disposición patrimonial, el sujeto activo u otro se enriquece y el sujeto pasivo del delito se empobrece, si el hecho consiste en la entrega de una cosa, el enriquecimiento del sujeto activo se producirá cuando obtenga la disponibilidad de la cosa, si no se produce tal perjuicio entonces cabe la tentativa.¹⁶¹ Por tanto el delito de Estafa, es un delito contra el patrimonio y se consuma cuando la víctima es sorprendida en su buena fe, mediante ardid o cualquier otro medio de engaño con el fin de obtener un provecho injusto.¹⁶²

Por otra parte, es necesario desarrollar en lo sucesivo un tema de mucha importancia y vinculado al tema objeto de estudio, es la denominada Estafa en triángulo.

2.6. La Estafa en Triángulo

2.6.1. Conceptualización de la estafa en triángulo

En doctrina se entiende por estafa triangular o en triángulo aquella en que el engañado realiza una disposición que no tiene efectos perjudiciales sobre su propio patrimonio, sino sobre uno distinto. O, visto desde la perspectiva de la protección patrimonial, aquella en que la disposición perjudicial no la realiza el titular del patrimonio afectado sino un tercero

¹⁶¹ Sentencia Definitiva, referencia P0131-63-2008 (El Salvador, Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador de la Corte Suprema de Justicia, 2008). Disponible en www.Jurisprudencia.gob.sv

¹⁶² Sentencia Definitiva, referencia P1301-36-2003 (El Salvador, Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2003). Disponible en www.jurisprudencia.gob.sv

engañado. La admisibilidad conceptual de una estafa triangular surge del amplio consenso, en torno a que el tipo de estafa sólo exige identidad entre engañado y disponente, pero no entre disponente y perjudicado, abriéndose en consecuencia la posibilidad de que el primero sea un tercero distinto del titular.¹⁶³

En ese sentido Arroyo sostiene que en la Estafa en Triangulo, el autor o sujeto activo no engaña al que tendría que realizar el acto de disposición patrimonial, sino a quien tiene poder, otorgado por el otro titular, por los usos sociales o comerciales o por disposición legal, para realizar, en nombre del titular del patrimonio perjudicado, el acto de disposición”.¹⁶⁴

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

Por su parte Alberto Donna cuando se refiere a la estafa en triangulo manifiesta que: “En principio deben ser idénticos el engañado y quien realiza la disposición patrimonial. Pero a veces es posible, con relevancia penal, que en el hecho participen más personas y que esas dos partes sean distintas. Entonces el perjuicio patrimonial no lo sufre la persona engañada, sino un tercero que sería el titular del patrimonio”.¹⁶⁵

¹⁶³ A. Etcheberry, Derecho penal, 3ª ed., (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, T. III) 398

¹⁶⁴ Arroyo, *Los delitos de estafa y falsedad documental*. 55

¹⁶⁵ Donna, “*Derecho Penal parte Especial*”, 381.

2.6.2. Elementos esenciales, constitutivos de la estafa en triángulo

2.6.2.1. Elementos Subjetivos

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

b) Ánimo de lucro y ánimo de apropiación: Como ya se adelantó en el párrafo anterior, en la estafa en triángulo también se necesita que aparte del dolo se tenga un estímulo especial-adicional, entendido este como el ánimo de lucro, sin embargo, también este elemento en otras legislaciones se le traduce como el ánimo de apropiación.

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

2.6.2.2. Elementos Objetivos

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

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

c) Disposición patrimonial: Este elemento debe ser entendido como el acto que realiza la persona engañada, que ha caído en error a consecuencia del engaño, y que por tal situación realiza una disposición de bienes ajenos bajo su poder, a favor del sujeto activo del delito y resulta en

un perjuicio para un tercero ajeno a la relación existente entre el engañador y el engañado.

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

e) Relación entre el sujeto engañado-disponente y el sujeto perjudicado patrimonialmente: En la estafa en triángulo por su naturaleza y teniendo en cuenta los componentes constitutivos mencionados de este tipo penal, se hace imperioso analizar un elemento extra que como afirma Tiedmann “es relevante la especial relación del engañado y de aquel que se perjudicó en su patrimonio”.

2.6.3. Consumación

En referencia al tema de la consumación, y tomando en consideración que la estafa en triángulo es un delito de resultado, es decir que, es un delito que debe lesionar un bien jurídico protegido en específico (el patrimonio), se considera que la consumación de la estafa triangular se da cuando efectivamente el tercero engañado que no es dueño del objeto realiza la disposición patrimonial de los bienes pertenecientes a otra persona. Por ende, el perjuicio indica el momento en que se consuma el delito, debido a que el mismo es el resultado necesario que, como ya se explicó, requiere el tipo. Por tanto, no debe asociarse la consumación al momento en que se

beneficia el agente (sujeto activo del delito), sino con la lesión patrimonial causada al dueño o titular de los bienes, que fueron objeto de disposición por otro. Y como se ha dicho en secciones anteriores, la cuestión radica en determinar cuando existe tal daño al patrimonio. Se sabe y se ha visto que el daño patrimonial se da en el momento en el que se realiza la entrega del objeto. Por lo que, la estafa en triángulo quedará consumada con la disposición que haga el tercero actuante (engañado y disponente), a favor del engañador.

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

Subsiguientemente, no es obligatorio que el tercero actuante que no siendo dueño del patrimonio dañado, y que, sin embargo, ejecuta una disposición lesiva, deba tener un poder o facultad jurídicamente otorgada por el titular, nos es suficiente que el engañado-disponente esté en una situación especial tal que pueda influir y disponer sobre los bienes de otra persona. Ya que no se considera correcto que para que se entienda la existencia y se concluya el cometimiento de una estafa en triángulo, se deba exigir un poder debidamente otorgado conforme a derecho, porque, si admitiéramos tal condición, los casos prácticos que se presentan con mucha frecuencia, y en los que se efectúa una disposición patrimonial realizada por quien no es titular del patrimonio afectado y sin tener facultad jurídica para hacerlo, quedarían sin protección.

CAPITULO III

DELITO DE ESTAFA COMETIDO POR MEDIOS INFORMATICOS Y SUS DIFERENTES CONDUCTAS DEFRAUDATORIAS

En el presente capítulo se desarrolla el tema objeto de estudio, ya que se establecerá que debe entenderse por Estafa por medios informáticos, conductas defraudatorias que comprende una Estafa informática, como el pharming, phishing, spyware, la banca on-line, estafas en el comercio electrónico, entre otras; para posteriormente realizar un estudio del el delito de estafa previsto y sancionado en los artículos 215 en relación al artículo 216 numeral 5, del código penal; y la estafa informática prevista y sancionada en el artículo 10 de la Ley especial contra delitos informáticos y conexos; y la posibilidad de subsunción de las conductas fraudulentas ejecutadas a través de internet en el modelo de estafa regulada en el código penal, y la Ley especial contra delitos informáticos y conexos.

3.1. Delito de Estafa por medios informáticos

En el presente apartado es necesario, diferenciar en un principio, el “fraude informático” de la “estafa informática”. Ya que, desde un punto de vista objetivo, ambas figuras aluden a una conducta (modus operandi) que implica un montaje o artimaña; y, desde un punto de vista subjetivo, conllevan un ánimo de perjuicio ajeno en beneficio personal (animus decipiendi).

La voz “fraude informático”, por su parte, es equivalente a “defraudaciones informáticas”. Se trata, de una categoría criminológica, funcional y amplia que concentraría una multiplicidad de comportamientos heterogéneos (contra intereses económicos difusos), beneficiados por la naturaleza de los sistemas informáticos y su forma de trabajo. Por su parte, la voz “estafa informática” al parecer alude exclusivamente a las defraudaciones “patrimoniales” ocasionadas por medios informáticos (relación de género a especie con el “fraude informático”). Es decir, se trataría de un concepto más restringido que el de “fraude informático”; por lo tanto en la presente investigación cuando se haga referencia al delito de estafa por medios informáticos, es porque se está tratando del delito de estafa informática tal como ha quedado establecido en el presente párrafo.

En ese margen de ideas la doctrina mayoritaria sostiene que el patrimonio, comprendido en sentido equivalente al delito de estafa tradicional, es el bien jurídico-penal protegido en la estafa informática.¹⁶⁶ No obstante, y aquí se sitúa la diferencia con la opinión tradicional), parece que el delito de “fraude informático” (en relación de género a especie con la “estafa informática”) resume una multiplicidad de conductas lesivas de múltiples intereses económicos “más allá del patrimonio individual microsocioal”, realizados con ánimo de obtener una utilidad económica y explotando las singularidades de los medios informáticos y su actividad.

No obstante, debería objetarse toda tesis que estime que se tienen que proteger en la estafa informática otros bienes jurídico-penales supuestamente independientes y predominantemente informáticos, como

¹⁶⁶Gustavo Balmaceda Hoyos, “*El delito de estafa informática*”, (Ed. Jurídica de Santiago, Chile, 2009) 115-130

conseguirían ser la propia información contenida en dichos sistemas, o su intangibilidad.¹⁶⁷

En relación directa con el aspecto recién referido se encuentra la naturaleza jurídica del delito en estudio. Ya que la mayoría de la doctrina estima que el delito de estafa informática debería estudiarse estrechamente vinculado al delito de estafa tradicional.¹⁶⁸

En dicho contexto es necesario traer a colación otro tema de mucha importancia y que se vincula con el tema objeto de investigación, y es la informática, la cual, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es el “conjunto de técnicas empleadas para el tratamiento automático de la información por medio de sistemas computacionales”. La informática está presente en casi todos los campos de la vida moderna. Con mayor o menor rapidez todas las ramas del saber humano se rinden ante los progresos tecnológicos, y comienzan a utilizar los sistemas de información, para ejecutar tareas que en otros tiempos realizaban manualmente.

Por lo tanto, los progresos mundiales de las computadoras, el creciente aumento de la capacidad de almacenamiento y procesamiento, la miniaturización de los chips de las computadoras instalados en productos industriales, la fusión del proceso de la información con las nuevas tecnologías de comunicación, así como la investigación en el campo de la inteligencia artificial, ejemplifican el desarrollo actual definido a menudo como la “era de la información” , a lo que con más propiedad, podríamos decir que más bien estamos frente a la “era de la informática”.

¹⁶⁷ Ídem. 138-140.

¹⁶⁸ Ídem. 115

Efectivamente; el desarrollo y masificación de las nuevas tecnologías de la información han dado lugar a cuestiones tales como el análisis de la suficiencia del sistema jurídico actual para regular las nuevas posiciones, los nuevos escenarios, en donde se debaten los problemas del uso y abuso de la actividad informática y su repercusión en el mundo contemporáneo.¹⁶⁹

Es por esta razón, que paralelamente al avance de la tecnología informática y su influencia en casi todas las áreas de la vida social, han surgido una serie de comportamientos disvaliosos antes impensables y en algunos casos de difícil tipificación en las normas penales tradicionales, sin recurrir a aplicaciones analógicas prohibidas por el principio de legalidad. La doctrina ha denominado a este grupo de comportamientos, de manera genérica, *delitos informáticos, criminalidad mediante computadoras, delincuencia informática, criminalidad informática*. Situaciones, que el uso y abuso de los sistemas computacionales han logrado con los llamados delitos informáticos o también llamada criminalidad informática.¹⁷⁰

Esta dependencia de la Sociedad de la Información a las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC), hace patente el grave daño que los llamados delitos informáticos o la delincuencia informática pueden causar a nuestro nuevo estilo de vida, la importancia que cobra la seguridad con la que han de contar los equipos informáticos y las redes telemáticas con el fin de poner obstáculos y luchar con dichas conductas delictivas, y la necesidad de tipificar y reformar determinadas

¹⁶⁹ Santiago Acurio del Pino, *Delitos informáticos, Generalidades*, consultado en http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf

¹⁷⁰ *Ibid.*5

conductas, a fin de que esta sean efectiva y positivamente perseguidas y castigadas en el ámbito penal.¹⁷¹

A raíz de lo anterior, es necesario definir que debe entenderse por un delito informático, por lo que Julio Téllez Valdés define a un delito informático en forma típica y atípica, entendiendo por la primera a “las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin” y por las segundas “actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin”.¹⁷²

Por su parte Marcelo Huerta y Claudio Líbano definen como delitos informáticos a “todas aquellas acciones u omisiones típicas, antijurídicas y dolosas, trátase de hechos aislados o de una serie de ellos, cometidos contra personas naturales o jurídicas, realizadas en uso de un sistema de tratamiento de la información y destinadas a producir un perjuicio en la víctima a través de atentados a la sana técnica informática, lo cual, generalmente, producirá de manera colateral lesiones a distintos valores jurídicos, reportándose, muchas veces, un beneficio ilícito en el agente, sea o no de carácter patrimonial, actúe con o sin ánimo de lucro”. Esta definición tiene la ventaja de ser omnicomprendensiva de las distintas modalidades delictivas.¹⁷³

En conclusión, para poder delimitar el contenido de este fenómeno, se opta en primer lugar por una denominación genérica, flexible, acerca del mismo como sería delincuencia informática o criminalidad informática. Sin

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Julio Téllez Valdés, “Los Delitos informáticos”. Situación en México, (Informática y Derecho N° 9, 10 y 11, UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1996.) 46

¹⁷³ Marcelo Huerta Miranda Y Claudio Líbano Manzur, Los Delitos Informáticos, (Ed. Jurídica Cono Sur, America del Sur.) 67.

circunscribimos así a términos rígidos, como sería por ejemplo delitos informáticos, en tal razón diremos que “delincuencia informática es todo acto o conducta ilícita e ilegal que pueda ser considerada como criminal, dirigida a alterar, socavar, destruir, o manipular, cualquier sistema informático o alguna de sus partes componentes, que tenga como finalidad causar una lesión o poner en peligro un bien jurídico cualquiera”.

En segundo lugar, se debe decir que la justificación y los detalles característicos de la criminalidad informática se encuentran precisamente en su carácter de informática es decir la especificidad, cuyas notas características “las aporta el computador junto con sus funciones propias más importantes: el procesamiento y transmisión automatizados de datos y la confección y/o utilización de programas para tales fines. Cualquier conducta que no opere sobre la base de estas funciones, aunque pueda resultar delictiva (o merecedora de sanción penal en su caso), no poseerá ya la especificidad (como sucede con la mayoría de agresiones al hardware) y debería ser, por tanto, apartada del estudio de la delincuencia vinculada a la informática o tecnologías de la información. En este sentido, es irrelevante que el computador sea instrumento u objetivo de la conducta, y que ésta esté criminalizada o merezca serlo por consideraciones políticas criminales.¹⁷⁴

Por otra parte, en cuanto a los autores de este tipo de delitos suelen ser personas con un elevado conocimiento de informática, aunque teniendo en cuenta como han avanzado las nuevas tecnologías y el modo en que se han implantado en la sociedad como un elemento común, casi cualquier persona puede acceder hoy en día a un ordenador y a internet, pudiendo

¹⁷⁴ Carlos María Romeo Casabona, “Poder informático y Seguridad jurídica”, (Ed. Fundesco, Mexico, 1987) 89

entrar en redes sociales o mandar correos electrónicos a particulares. No obstante delitos como la estafa informática siguen requiriendo de un nivel elevado de conocimientos técnicos para llevarlas a cabo.

Se está tratando un tema cuya nota más característica es su rápida evolución, cambio y adaptación a nuevos medios, en la mayoría de las ocasiones va por delante del propio ordenamiento, superando todas las expectativas y previsiones del legislador, dada su naturaleza cambiante. Todo el marco en donde nos movemos ha cambiado radicalmente y seguirá cambiando, por tanto muchas veces las leyes son superadas y pueden no regular con la profundidad necesaria algunos de estos casos.

Es indiscutible que las leyes son algo vivo, no pueden existir en un vacío teórico, es la realidad social la que realmente marca las leyes y su aplicación; tal como ocurrió en la legislación penal salvadoreña, donde la estafa por medios informáticos regulada en el artículo 215 en relación al artículo 216 numeral 5 Pn., no fue suficiente para combatir la nuevas formas de criminalidad defraudadora, por lo que a raíz de dicha situación y dados los avances tecnológicos fue necesario la creación de una Ley Especial que legislara los delitos informáticos, por lo que se creó un precepto legal que regula el delito de Estafa Informática, la cual será examinada en párrafos posteriores.

En torno a ello interesa destacar aquí el particular interés que suscitan en la actualidad las estafas a la banca electrónica cometidas a través de Internet conocidas como: *el phishing, el pharming, banca-on line, mail fraudulentos, estafas en el comercio electrónico*. Se trata de ataques a la integridad y confidencialidad de los datos personales, con la finalidad de afectar el patrimonio de la entidad bancaria y la del titular de la cuenta,

vulnerando la seguridad del sistema financiero para la realización de todo tipo de transacciones civiles y comerciales¹⁷⁵.

Por lo tanto, las páginas que siguen están orientadas al desarrollo de las diferentes conductas derivadas de la estafa cometida por medios informáticos, para posteriormente realizar un análisis si dichas conductas pueden ser subsumidas en la estafa regulada en los artículos 215 en relación al artículo 216 numeral 5 del Código Penal Vigente; o en la estafa informática regulada en el artículo 10 de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos y Conexos, por lo que será necesario realizar un estudio de los diferentes elementos que están comprendidos en dichos artículos, que permita establecer las limitantes, relación y diferencias presentan ambos preceptos legales; para luego determinar cuál de las de dos normativas será aplicable al caso concreto, por lo que será necesario hablar sobre un posible concurso aparente de leyes, donde el precepto especial se aplicara con preferencia al precepto general, el cual está regulado en el artículo 7 numeral 1, del Código Penal, temas que se abordaran a continuación.

3.2. Conductas Específicas de Estafa por medios informáticos

El surgimiento de internet y su potencialidad como instrumento comercial de intercambio (por ejemplo el comercio electrónico¹⁷⁶), junto al desarrollo en su ámbito de actividades de carácter económico o financiero (para citar un ejemplo banca on-line¹⁷⁷) ha determinado, como consecuencia

¹⁷⁵ Ignacio Benítez Ortúzar, *“Informática y delito”*. Aspectos penales relacionados con las nuevas tecnologías, en Morillas Cueva, Lorenzo (directores), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del Siglo XXI* (Madrid, Dykinson, 2009), 111-113.

¹⁷⁶ José Antonio Choclán Montalvo, “Fraude informático y estafa por computación”, (en *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2001) 330-333.

¹⁷⁷ La banca virtual u online, o también llamada banca electrónica, es un servicio prestado por las entidades financieras que tiene como misión permitir a sus clientes realizar

necesaria, el acceso al canal de quienes pretenden obtener un lucro ilícito. En efecto, el modelo clásico tradicional de estafa ha encontrado también acomodo en la Red con infinidad de fórmulas más o menos ingeniosas. Así, en este medio se han desarrollado peculiares manifestaciones fraudulentas, algunas de las cuales no pueden ser perseguidas, recurriendo al modelo clásico típico de estafa, dado que el medio empleado es el uso fraudulento de los sistemas informáticos, por lo que es necesario recurrir a nuevos tipos penales.¹⁷⁸

En ese sentido se establece a continuación cuales son algunas de las principales conductas de estafa utilizadas a través de internet, para más adelante ver si todas ellas son susceptibles de castigo penal a través de la estafa agravada regulada en el artículo 216 numeral 5 Pn, o en la estafa informática regulada en el artículo 10 de la Ley Especial contra los delitos informáticos y conexos.

3.2.1 Obtención de los datos o claves de acceso (incluidos números y claves de tarjeta de crédito o débito) a determinados servicios y uso indebido de los mismos

3.2.1.1. Sustracción de claves de acceso sin el consentimiento de la víctima (Spyware)

Entre las fórmulas significativas de estafa están aquellas mediante las cuales se logra la sustracción de datos que permiten la suplantación de la personalidad de la víctima; así se obtienen por ejemplo las claves bancarias,

operaciones y transacciones con sus productos de forma autónoma, independiente, segura y rápida a través de Internet. (Idem)

¹⁷⁸ Javier Gustavo Fernández Teruelo, "Cibercrimen, los delitos cometidos a través de internet", (Ed. Autor-editor, 2007, Madrid). 27.

datos de tarjetas de crédito o claves de acceso a determinadas páginas o servicios, dichos datos serán posteriormente utilizados para conseguir disposiciones o ventajas económicas en favor del autor de la sustracción o de terceros. Esta fórmula implica normalmente el acceso al sistema operativo de la víctima a través de la red (sin olvidar tampoco una posible sustracción física de las claves de acceso a determinados servicios).¹⁷⁹

El acceso a distancia a la computadora de la víctima puede tener lugar a través de múltiples vías. Sin embargo, en la actualidad dichos datos suelen obtenerse a través de programas denominados “Spyware” o archivos espías¹⁸⁰ los cuales sirven para que el sujeto activo pueda sustraer datos del ordenador de la víctima con diversos fines, normalmente son datos sensibles y podrían utilizarse para acceder a cuentas bancarias y códigos de tarjetas de crédito, con el riesgo que ello supone.

En líneas generales la estafa mediante estos programas consiste en sustraer unos datos que permitan la suplantación de la personalidad de la víctima, con esos datos el estafador puede beneficiarse económicamente y disponer de varias ventajas de índole patrimonial, obtenidas de modo ilícito. Además de estos programas existen otros cuyos fines son los mismos pero utilizan diferentes mecanismos; los más relevantes es el scareware, keylogger y los troyanos.

¹⁷⁹ Javier Gustavo Fernández Teruelo, “*Respuesta Penal Frente a Fraudes Cometidos en Internet: Estafa, Estafa Informática y los Nudos de La Red*”, Revista De Derecho Penal y Criminología, 2.a Época, n. 19, (2007) 218.

¹⁸⁰ El Spyware es un Software o aplicación informática que recolecta información valiosa de la computadora desde donde está operando. Es un tipo de programa maligno que por lo general se introduce y opera en las computadoras sin que el usuario lo advierta con la finalidad de dañar, o sacar algún provecho. También hay espías que entran en las computadoras cuando el usuario acepta las condiciones de uso de un programa al instalarlo, por lo general ese texto es obviado en la instalación. Diccionario de Tecnología, http://www.alegsa.com.ar/Dic_spyware.php, visitado 04 de noviembre del año dos mil diecisiete.

Mediante el “scareware” aparece en la pantalla de la víctima un mensaje para acceder a diversos enlaces. El engaño está en que pulse el enlace con la finalidad de evitar un virus informático u obtener algún premio, pero en realidad dicho enlace sirve para que dentro del sistema se ejecute un malware, que es otro programa cuyo objetivo puede ser robar información del usuario.

Por su parte el “keylogger”¹⁸¹ es un sistema menos habitual y más sofisticado, que pretende que la víctima pulse una serie de teclas, para de ese modo descubrir cuál es la contraseña de diversos servicios.

“Los troyanos”¹⁸² o “bombas lógicas”¹⁸³ son probablemente los más conocidos por todos nosotros y los que mayor temor suelen despertar, aunque no tienen por qué ser necesariamente los más dañinos. Este tipo de programas se hacen pasar por un programa inofensivo que el usuario activa sin sospechar la verdadera naturaleza del mismo, para luego ponerse en marcha la verdadera función. Con sus efectos dañinos para el sistema y los datos del sistema de la víctima. Otros programas muy parecidos a los troyanos son las bombas lógicas, pero esta variante permanece en estado latente hasta que se activa. Cuando llega una determinada fecha, se escribe un comando concreto o se ejecuta un programa determinado número de veces.

¹⁸¹ Un keylogger (derivado del inglés: key ('tecla') y logger ('registrador'); 'registrador de teclas') es un tipo de software o un dispositivo hardware específico que se encarga de registrar las pulsaciones que se realizan en el teclado, para posteriormente memorizarlas en un fichero o enviarlas a través de internet. *Diccionario de Tecnología*, <http://www.alegsa.com>. visitado 04 de noviembre del año dos mil diecisiete.

¹⁸² Un troyano o caballo de Troya actual es un programa que aparentemente efectúa una función útil para quién lo ejecuta, pero que en realidad realiza una función que el usuario desconoce, generalmente dañina. *Ibíd.*

¹⁸³ *Ibíd.*

Pero también existen otros programas aún más modernos y complejos que consiguen acceder a esta información sin necesidad de observar lo que teclea, abriendo puertos y accediendo a la información cuando el usuario ingresa en un enlace determinado. De este modo, el defraudador se hace con información personal, como pueden ser los datos bancarios y las claves de acceso que serán posteriormente utilizados para realizar transferencias a su favor o en favor de un tercero.

3.2.1.2. Obtención fraudulenta de claves: Donde la propia víctima la que, sin saberlo, hace llegar al defraudador los datos necesarios para realizar las transacciones (Phishing)

Los datos de acceso necesarios para la estafa también pueden conseguirse haciendo que sea la propia víctima la que se los proporcione directamente al defraudador, recurriendo para ello a específicas formas de engaño. En concreto, la más utilizada en la actualidad es la técnica del phishing.¹⁸⁴

El llamado phishing es una manifestación de la llamada ingeniería social¹⁸⁵ y consiste normalmente en el envío de correos electrónicos que aparentando provenir de fuentes fiables normalmente entidades bancarias, adoptan su imagen corporativa: con logotipos, imágenes y textos que han sido recogidos del sitio real. Para ello suelen incluir un enlace que lleva a páginas web falsas con aspecto casi idéntico al de la entidad a la que

¹⁸⁴ Fernández, *“Cibercrimen, los delitos cometidos a través de internet”*, 219.

¹⁸⁵ La ingeniería social es la manipulación del recurso humano de las instituciones para convencerlas de que ejecuten acciones o actos que normalmente no realizan para que revele toda la información necesaria para superar las barreras de seguridad. Esta técnica es una de las más usadas y efectivas a la hora de averiguar nombres de usuarios y claves. Usualmente éste delito es realizado mediante llamadas telefónicas, haciéndose pasar por personal de la institución y requiriendo información personal con alguna excusa convincente. *Ibidem*.

suplantando, de tal manera que el usuario no desconfíe de ella. Una vez allí se pide al cliente que introduzca, como ha hecho otras veces en la web auténtica, sus contraseñas o números de tarjeta de crédito con lo que sus datos ya están en manos ajenas y listas para ser utilizadas con fines delictivos (normalmente se le amenaza además con que, de no hacerlo, las cuentas serán canceladas o bloqueadas).¹⁸⁶

En algunas ocasiones ni siquiera se redirige a la víctima a la web falsa, sino que el mismo mail contiene un pequeño formulario en el que se pide al usuario que introduzca sus datos secretos de acceso y operaciones. A veces, dependiendo del navegador que use, se llega a modificar la barra de direcciones, de tal modo que al seleccionarla se accede a la web suplantada. El envío suele ser masivo e indiscriminado y de este modo algunos de los receptores resultan ser efectivamente clientes de la entidad suplantada.

Aunque en la mayoría de los casos analizados hasta la fecha, lo que se hace es suplantar la imagen corporativa y la web originaria de entidades bancarias, se han detectado otras fórmulas como las siguientes: encuestas falsas en nombre de organismos oficiales que tienen por objeto recoger datos personales de los usuarios que decidan participar en la misma; páginas falsas de recargas de móviles con tarjeta de crédito o de venta de diversos productos (a precios sospechosamente baratos), en los que, una vez obtenidos los datos personales y de la tarjeta, la página enseña algún tipo de error o indica que la operación no se ha podido realizar; presuntos compradores que le piden al vendedor datos bancarios para pagarle el

¹⁸⁶ *Ibid.* 220.

producto que tiene a la venta, los cuales serán utilizados para realizar transacciones ilícitas, etc.¹⁸⁷

En consecuencia de lo anterior el phishing pretende que la propia víctima proporcione directamente al estafador con la creencia que se los está proporcionando a la entidad bancaria, pero sin saber que existe engaño el cual está muy bien estructurado puesto que la página del banco parece totalmente real, con publicidad y todo tipo de detalles.

3.2.1.2.1 El Pharming o Dominio Falso

Una variante del phishing aparece constituida por el pharming, que consiste en manipular las direcciones DNS (Domain Name Server) que utiliza el usuario. Los servidores DNS son los encargados de conducir a los usuarios a la página que desean ver. Pero a través de esta acción, quien pretende defraudar consigue que las páginas visitadas no se correspondan con las auténticas, sino con otras creadas para recabar datos confidenciales, sobre todo relacionados con la banca on-line. Tan sólo es necesario modificar un pequeño archivo llamado *host*¹⁸⁸, que puede encontrarse en cualquier máquina que funcione bajo Windows y que utilice Internet Explorer para navegar por Internet. A través del «pharming», cuando el usuario teclea

¹⁸⁷ Ibidem

¹⁸⁸ El término *host* o *anfitrión* se usa en informática para referirse a las computadoras u otros dispositivos conectados a una red que proveen y utilizan servicios de ella. Los usuarios deben utilizar *anfitriones* para tener acceso a la red. En general, los *anfitriones* son computadores monousuario o multiusuario que ofrecen servicios de transferencia de archivos, conexión remota, servidores de base de datos, servidores web, etc. Los usuarios que hacen uso de los *anfitriones* pueden a su vez pedir los mismos servicios a otras máquinas conectadas a la red. De forma general un *anfitrión* es todo equipo informático que posee una dirección IP y que se encuentra interconectado con uno o más equipos. Un *host* o *anfitrión* es un ordenador que funciona como el punto de inicio y final de las transferencias de datos. Comúnmente descrito como el lugar donde reside un sitio web. Un anfitrión de Internet tiene una dirección de Internet única (dirección IP) y un nombre de dominio único o nombre de anfitrión (host name).

en su navegador la dirección de la página a la que quiere acceder, es reenviado a otra creada por el hacker que tiene el mismo aspecto que la original. Así, el internauta introducirá sus datos confidenciales sin ningún temor, sin saber que los está remitiendo al defraudador.¹⁸⁹

3.2.1.3 La Banca On-Line

En el caso de *la banca on-line*, los datos son sustraídos como enviados por la propia víctima los autores de la estafa, con las claves en su poder, suelen abrir de modo simultaneo una cuenta bancaria a la que remiten el dinero mediante transferencia “on-line”. Estas cuentas se situarán normalmente en sucursales bancarias de terceros países a donde acuden de modo inmediato a retirar el dinero. Para ejecutar estafas de importantes partidas de dinero los autores suelen fraccionar las transferencias a diferentes entidades bancarias, aunque muy próximas geográficamente, de manera que el cobro se puede materializar en un breve espacio de tiempo.¹⁹⁰

También es frecuente la intervención de terceros, éstos, conocidos con el nombre de «mulas» o «muleros», reciben el dinero en sus cuentas bancarias personales, y tras quedarse con la comisión, lo remiten a donde les han indicado los autores del fraude (normalmente giros postales al extranjero). Suelen ser captados a través de Internet mediante diversas fórmulas; por ejemplo supuestas y engañosas ofertas de trabajo, para lo cual tienen que rellenar un cuestionario que se ofrece en una página web de la supuesta empresa contratante y facilitar un número de cuenta en la que se van a ingresar transferencias de supuestos clientes ofreciendo, a cambio, una comisión o porcentaje del dinero recibido.

¹⁸⁹ Fernández, *Ciberdelitos*, los delitos cometidos a través de internet”, 30.

¹⁹⁰ *Ibíd.* 31

Desde un punto de vista penal, debe plantearse si puede ser sancionada la conducta de quienes ponen sus cuentas al servicio de los defraudadores a cambio de dinero (como hemos dicho denominados “muleros”). La respuesta no es sencilla. En primer lugar, habrán de distinguirse aquellas situaciones en las que los mismos desconocen totalmente que están colaborando con la realización de un acto delictivo de las que lo conocen o, más frecuentemente, se lo imaginan (actuando por tanto con dolo eventual). En el primer caso, el autor de la estafa suele captar a los muleros mediante falsas ofertas de trabajo en las que los mismos deben realizar algún tipo de tarea, por lo que el porcentaje de la transferencia que se queda en su poder se presenta como el pago por el trabajo realizado.

191

Pues bien, obviamente en tal supuesto debe descartarse cualquier tipo de responsabilidad. Más dudas se suscitan en el segundo (conocimiento de la posible actuación delictiva). En tal caso, no puede plantearse la posible presencia de un delito de receptación. Aparentemente el mulero actúa con ánimo de lucro y, con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio, ayuda a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo; sin embargo en este caso, el delito en cuestión no está aún consumado, sino que precisamente la recepción por parte del mulero es el último momento necesario para determinar la consumación (perjuicio o pérdida patrimonial derivado de la disposición patrimonial). En cuanto a una posible participación delictiva, el acto a valorar radicaría en la entrega de un número de cuenta propio, sabiendo de forma cierta o admitiendo la posibilidad de que la misma sea utilizada para cometer el fraude.

¹⁹¹ *Ibíd.* 31

En torno a lo anterior, se trata normalmente de una aportación idónea¹⁹² para fundamentar la imputación de una acción de cooperación necesaria o de complicidad, al haber removido obstáculos que hubieran impedido o dificultado la acción del autor. Sin embargo, no debe olvidarse que la posibilidad de admitir la participación con dolo eventual en el delito de estafa no es pacífica¹⁹³.

3.2.1.4. Estafas en el comercio electrónico

Se está ante casos menos peligrosos y en la práctica realmente suelen ser pequeños fraudes. Son los típicos casos en donde la víctima pretende comprar algo por internet o puja por el artículo y luego no recibe lo prometido, ya sea total o parcialmente. Pueden darse fraudes tanto en la entrega de la cosa como en el pago del precio, las víctimas pueden ser tanto compradores como vendedores.

Puede englobarse en este apartado el Auction Fraud. Es un fenómeno muy de moda en la actualidad, con el auge de páginas de subastas por internet como puede ser Ebay, el método empleado por los estafadores consiste en tergiversar sobre la puja de un producto en internet, o su no entrega de acuerdo a lo pactado en el sistema de subastas de Ebay u otras plataformas similares. El uso de Ebay u otras plataformas de este estilo conlleva una serie de acciones que suelen requerir la participación de los usuarios. Se necesita la utilización de una cuenta y el consiguiente registro en la plataforma, ya sea Ebay o similares; después buscar un producto, pujar y ganar la misma, posteriormente canjear el objeto por una cantidad de

¹⁹² Ibidem

¹⁹³ Mir J. Cezero, "Curso de Derecho Penal Español".I. Parte General. Teoría jurídica del delito, (ed. tecnos, Madrid, 2001, tomo III), 234.

dinero.¹⁹⁴ Finalmente informar acerca de la reputación de los vendedores. Cada una de estas fases puede ser objeto de fraude. Algunos ejemplos típicos son los siguientes:

-Shilling: los propios vendedores participan en la subasta haciéndose pasar por compradores para aumentar la puja y conseguir que los precios suban.

-Bid Shielding: dos personas pujan por un objeto, una de ellas pujando muy a la baja, la otra puja a la alta para disuadir a los otros posibles compradores, finalmente el que puja a la alta se retira y adquieren el producto a un precio muy reducido.

-Tergiversación: los vendedores dan falsas descripciones acerca de sus productos.

-Ampliar la factura: se ocultan costes adicionales al precio del objeto como embalaje o preparación del mismo antes de enviarlo a los compradores finales.

-Envío suspendido: no se envía el artículo al comprador una vez se ha pagado el precio acordado.

-Pago suspendido; el comprador no paga una vez adquirido el producto. -Reproducción y falsificación; el vendedor no envía el producto original sino una imitación.

-Triangulación/custodia; el vendedor vende un producto robado.

¹⁹⁴ F. Miró Llinares, “*La Respuesta Penal al Ciberfraude*”. n. 12 (2013): 70-72.

-Comprar y cambiar: el comprador recibe el producto acorde a lo pactado, pero una vez lo tiene en su poder cancelan la operación y manda otro producto que es una falsificación del original, siendo de inferior calidad.

-Reclamación de pérdida o daños: el comprador reclama falsos daños al vendedor en los productos.

-Autosubasta: son subastas falsas cuyo objetivo es conseguir nombres de compradores, o información como códigos de tarjetas de crédito u otros datos sensibles.

Una vez conceptualizadas las conductas defraudatorias que se pueden cometer con el uso inadecuado de la informática, y otras que pudieran plantearse en el ámbito Internet, es necesario establecer en lo sucesivo si las mismas pueden ser subsumidas en el modelo de estafa regulada en los artículos 215 en relación al 216 numeral 5 del Código Penal vigente, o en la estafa informática regulada en el artículo número 10 de Ley especial contra delitos informáticos y conexos, temas que se desarrollaran a continuación.

3.3. Delito de Estafa previsto y sancionado en el artículo 216 numeral 5 del Código Penal

En un inicio es necesario hacer referencia a lo que establece en el artículo 216 numeral 5 C. Pn, el cual determina que el delito de estafa será sancionado con prisión de 5 a 8 años en los casos siguientes:

5) *cuando se realizare* manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o trasmisión informática de datos

En ese sentido de dicho numeral es necesario definir en un principio ciertos conceptos que están comprendidos en el mismo, como por ejemplo: ¿Que debe entenderse por el término manipulación informática?; ¿Qué significado debe darse cuando dicho numeral establece el que interfiera el resultado de un procesamiento o trasmisión informática de datos?, preguntas que serán contestadas desde un punto de vista informático, en razón de que el tema objeto de estudio es el delito de estafa cometido por medios informáticos; por lo tanto y a efectos de aclaración el tema comprende aquellas conductas defraudatorias donde el uso inadecuado de la informática es el medio idóneo, para cometimiento del delito de estafa, que genere un perjuicio patrimonial para sí o para un tercero.

En ese margen de ideas y dando respuesta a la primer interrogante, Romeo Casabona, define el termino manipulación informática, como aquella “incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automático de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o están ya contenidos en el ordenador en cualquiera de sus fases de procesamiento o tratamiento, siempre que sea con ánimo de lucro y perjuicio de tercero”.¹⁹⁵

El término manipular no puede aplicarse en estos casos atendiendo a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia Española, el cual define manipular de la siguiente manera: “Intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares”. Dicha definición es incompleta para este estudio ya que es demasiado amplia, pudiendo emplearse para todo tipo de intervención, ya sea autorizada o no.

¹⁹⁵ Casabona, “Poder informático y Seguridad jurídica”, 417.

Por lo que se debe precisar a aun más sobre dicho término la manipulación informática sería cualquier acción que suponga una intervención en el sistema informático; alterando, modificando u ocultando los datos que deban ser tratados automáticamente, o modificando las instrucciones del programa, con el fin de alterar el resultado debido de un tratamiento informático y con el ánimo de obtener una ventaja patrimonial.¹⁹⁶ Con esta definición se está precisando más correctamente el término que está incluido en la estafa cometida por medios informáticos.

Al establecer, que se entiende por manipulación, se arguye que puede darse manipulación actuando sobre la introducción de datos, sobre su tratamiento o su salida, intervención sobre el software, etc. Por lo que las principales vías por las que el sujeto activo consigue un movimiento contable a su favor, que se la transfieran fondos o se le cancele una deuda son tres:

- 1) Introducción de datos falsos: Consiste en alterar, suprimir u ocultar los datos ya introducidos. No se manipula el programa, sino los movimientos de entrada en un sistema o las operaciones. Aquí el programa hace un tratamiento correcto siguiendo un procedimiento normal, pero se han introducido unos datos falsos con lo que el resultado será incorrecto.¹⁹⁷ Estas son acciones de la fase del INPUT¹⁹⁸, que vendría a ser la referente a la calidad de los datos tratados.

¹⁹⁶ José Antonio, Choclan Montalvo, "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática; en actualidad penal", n. 47, (1997): 1080.

¹⁹⁷ Carlos María Romeo Casabona, y Flores Mendoza, F., "Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica". (Granada: ed. Comares, 2013.) 224.

¹⁹⁸ Según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), el INPUT debe entenderse como un conjunto de datos que se introducen en un sistema o un programa informático. A través de emplear un teclado, un mouse, un escáner u otros dispositivos que permitan introducir los datos a la computadora (ordenador). Ya dentro del sistema, la información es

- 2) Manipulaciones en el programa: Se da en la fase de tratamiento, y aquí si estamos ante una manipulación informática en todo el sentido de la palabra. Se modifican los protocolos del programa para que beneficie al autor. Las variantes y posibilidades son enormes; se puede englobar lo dicho en los apartados anteriores sobre el spyware. Casos como los troyanos son los más típicos, en donde un programa malicioso accede al sistema haciéndose pasar por un programa aparentemente inofensivo y seguro. Por citar otra técnica curiosa señalaría la llamada salami technique, mediante esta técnica se dan instrucciones para que el programa que lleva las cuentas de alguna entidad redondee las cifras, de este modo el sujeto activo obtiene un gran beneficio con pequeñas estafas.¹⁹⁹
- 3) Manipulaciones en el sistema de salida de datos u output²⁰⁰. Se manipula en este caso el sistema de salida de datos, como puede ser intervenir el cable telefónico o modificar la impresión final, se requiere de un engaño posterior en el que el documento modificado es un artificio que estimulan la ejecución automática de transferencias dinerarias automáticas en favor de quien efectúa la alteración.²⁰¹

manipulada y procesada hasta que el usuario, finalmente, decide concretar la salida. Es entonces cuando se genera el mencionado output.

¹⁹⁹ María Luz Gutiérrez Francés, *"Fraude Informático y Estafa"*, (Madrid, 1991). 5-7.

²⁰⁰ Según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), el OUTPUT o salida es la información que proporciona una computadora después de procesar un conjunto de datos determinados. Por lo que está constituido por la información que es emitida por un sistema informático. Esto quiere decir que los datos en cuestión "salen" del sistema, ya sea a través de un formato digital (un archivo de video, una fotografía, etc.) o incluso en algún soporte material (una hoja impresa, un DVD).

²⁰¹ Balmaceda, *"El delito de estafa informática"*, 112.

Ahora bien, atendiendo a las definiciones que los diferentes autores realizan sobre lo que debe entenderse por “Manipulación informática”, es preciso destacar y concluir a través de los elementos sobresalientes de cada una de ellas, que el término manipulación Informática engloba *“todas aquellas operaciones que suponen un incorrecto uso o provocaren un incorrecto funcionamiento de un sistema de procesamiento electrónicos de datos, conductas que pueden realizarse en cualquiera de los momentos de la introducción de datos, con los que va operar el sistema, durante el desarrollo del propio proceso o cuando una vez finalizado este, emitiese sus resultados al exterior por medio (impresión, aparición en pantalla, transmisión a otros ordenadores conectados en red, etc.).*

Afectando por ello ya sea al elemento físico (hardware) y su elemento inmaterial lógico (software), teniendo por ello como resultado la transferencia no consentida de activos patrimoniales, es decir que un programa siempre estaría manipulado si en su desarrollo se derivase la producción de una conducta fraudulenta causante de un perjuicio patrimonial.

Por otra parte, en respuesta a la interrogante segunda se puede decir que de acuerdo a la conducta que describe el artículo 216 numeral 5 Pn., la acción del sujeto activo consistiría en *“interferir”*, a través de alguna manipulación en el resultado de un procesamiento o trasmisión informática de datos.²⁰²

Al respecto el Código Penal Comentado de El Salvador, establece que el artículo en mención, castiga como conducta típica, la realización de alguna manipulación informática con la que se engloban todos los casos en los que

²⁰² Código Penal Comentado de El Salvador, 756.

se realiza una transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de un tercero.²⁰³

La manipulación tiene que ir dirigida a lograr interferir, en el sentido de alterar, el resultado de procesamiento o trasmisión informática de datos, de tal modo que se atribuyan indebidamente ingresos o bienes o servicios o se anulen incorrectamente débitos o gastos.²⁰⁴

Está configurado de tal forma que siempre exigirá que el perjuicio patrimonial determine su consumación y se tenga que derivar de la previa consecución de una influencia en el resultado del proceso de datos sobre el que se hubiese efectuado la conducta en cuestión, siendo este elemento típico el nexo de unión entre la acción típica y el resultado consumativo del delito de estafa, esto es, entre la concreta modalidad comisiva realizada y el perjuicio patrimonial derivado de la misma.²⁰⁵

Ahora bien, ¿Cuándo se podrá apreciar la presencia de una interferencia en el resultado de un proceso de datos de lo que se contempla en el delito de estafa agravada regulada en el artículo 216 numeral 5 C. Pn?

Lo primero que se debe señalar es que no existe una definición legal de lo que debe entenderse como proceso de datos a efectos de dicho elemento típico, lo que no impedirá que podamos delimitarlo en cierta medida, atendiendo a las peculiaridades que este tendría que reunir para poder cumplir con la función que este elemento típico está llamado a

²⁰³ *Ibíd.* 757

²⁰⁴ *Ibidem.*

²⁰⁵ *Ibidem.*

desempeñar dentro del tipo delictivo de la estafa por manipulación informática.²⁰⁶

En ese orden de ideas, se puede afirmar que el proceso de datos, cuyo resultado, se tiene que ver influenciado por la conducta típica de la estafa agravada, tendrá que ser no solo un proceso de tratamiento electrónico o informático de datos, sino también un proceso con relevancia patrimonial, puesto que solo cuando reuniese tal cualidad podría servir de nexo de unión entre la acción y el perjuicio patrimonial de la estafa.²⁰⁷ En definitiva la manipulación equivale al engaño en el tipo básico y la interferencia equivale al acto de disposición y al perjuicio.²⁰⁸

Por otra parte, habiendo desarrollado anteriormente la conducta descrita en el tipo penal de estafa prevista y sancionada en el artículo 216 numeral 5 C. Pn., es necesario desarrollar a través del siguiente tema lo concerniente al Delito de estafa informática previsto y sancionado en el artículo 10 de La ley Especial contra Delitos Informáticos y Conexos.

3.4. Delito de Estafa informática previsto y sancionado en el artículo 10 de la Ley Especial contra Delitos Informáticos y Conexos

El artículo de la Ley en comento describe a la *Estafa informática* de la manera siguiente:

El que manipule o influya en el ingreso, el procesamiento o resultado de los datos de un sistema que utilice las Tecnologías de la Información y la

²⁰⁶ Alfonso Galán Muñoz, “El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos, análisis de artículo 248.2”, (ed. Tirant to Blanch, Valencia, 2005) 306.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Idem.

Comunicación, ya sea mediante el uso de datos falsos o incompletos, el uso indebido de datos o programación, valiéndose de alguna operación informática o artificio tecnológico o por cualquier otra acción que incida en el procesamiento de los datos del sistema o que dé como resultado información falsa, incompleta o fraudulenta, con la cual procure u obtenga un beneficio patrimonial indebido para sí o para otro, será sancionado con prisión de dos a cinco años.

Se sancionará con prisión de cinco a ocho años, si las conductas descritas en el inciso anterior se cometieren bajo los siguientes presupuestos:

a) En perjuicio de propiedades del Estado;

b) Contra sistemas bancarios y entidades financieras; y,

c) Cuando el autor sea un empleado encargado de administrar, dar soporte al sistema, red informática, telemática o que en razón de sus funciones tenga acceso a dicho sistema, red, contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos.

En ese sentido a raíz de lo anterior es necesario desarrollar los elementos principales que conforman el delito de estafa informática.

3.4.1. Ánimo de lucro

Es un elemento subjetivo del delito de estafa informática, no hay lugar a discusión sobre la necesidad de su existencia para que se produzca el delito. El sujeto activo en el delito de estafa informática debe tener ánimo de

lucro, es el objetivo que se pretende al realizar la estafa, una contrapartida que beneficia al estafador en perjuicio del estafado. Cuando se hace referencia de un beneficio al sujeto activo puede ser un enriquecimiento o ventaja patrimonial.

Pero no siempre está claro que exista ánimo de lucro. En razón de que en ocasiones la estafa no llega a fructificar en ese beneficio al sujeto activo, ya sea porque sus expectativas no pudieron prosperar o porque no hubo tiempo material. En cualquier caso como bien dice Arroyo de las Heras el propósito que persigue el sujeto *“constituye un hecho psicológico, es decir, un hecho íntimo, propio de la conciencia, nunca del todo objetivable, razón por la cual dicho ánimo o propósito deberá deducirse de los datos o circunstancias que concurren en el hecho mismo”*.

En consecuencia deberá tenerse en cuenta cada caso concreto, y el juzgador deberá valorar las circunstancias de cada situación, teniendo presente que a veces es difícil de cuantificar si se produjo ánimo de lucro, puesto que al depender de los propios deseos del sujeto activo puede ser un concepto muy relativo.

Lo que no da lugar a dudas es que debe existir un ánimo de lucro, debe de concurrir en el momento de la acción, no tiene que prolongarse en el tiempo después de consumarse el delito. Aunque si no se hizo efectivo será mucho más difícil de demostrar la existencia del ánimo de lucro, pero para este punto deberíamos atender a la casuística.

3.4.2. Manipulación informática

El artículo 10 de la Ley contra delitos informático y conexos,

establece “el que manipule o influya en el ingreso, el procesamiento o resultado de los datos de un sistema que utilice las Tecnologías de la Información y la Comunicación”, haciendo referencia, entonces, a una manipulación informática la cual podría definirse como la acción consistente en alterar los elementos físicos que afectan la programación informática. Por lo que dentro de sus modalidades destacan; el hacerse pasar por un usuario autorizado para operar en su nombre obteniendo un beneficio, o la introducción de datos maliciosos para apropiarse de otros datos sensibles son casos típicos.²⁰⁹ Es de aclarar que el presente tema no se profundizara más, por el hecho en que tópicos anteriores ya fue desarrollado.

3.4.3. Transferencia de activo patrimonial

Una vez que el afectado haya sido engañado a consecuencia de la Manipulación informática, se produce un acto de disposición patrimonial en beneficio del sujeto activo y en perjuicio de la víctima. Pero es la propia víctima quien lo realiza; esto es muy importante y lo que diferencia el delito de estafa de otros tipos penales. Por acto de disposición patrimonial se puede tomar la definición de Mata y Martín, sería “*en la entrega de una cosa (material o dineraria), en la realización de un acto documental con transcendencia económica (gravamen de un bien) o en la presentación de cualquier tipo de servicio, todo ello siempre cuantificable económicamente*”. Lo fundamental es que sea cuantificable económicamente, para determinar si realmente podemos englobarlo dentro del delito de estafa.²¹⁰

²⁰⁹ Heras, “*Los delitos de estafa y falsedad documental*”, 68.

²¹⁰ Fernández, “*Cibercrimen, los delitos cometidos a través de internet*”, 34.

En ese sentido en la estafa informática es indudable que el acto de disposición patrimonial lo realiza de algún modo la víctima.

3.4.4. Perjuicio patrimonial

Los efectos del engaño y el acto de disposición patrimonial se traducen en un perjuicio causado a una víctima, que puede ser el sujeto objeto del engaño o un tercero, por tanto el perjuicio puede ser propio o ajeno. Lo fundamental es que el perjuicio debe ser cuantificable económicamente.

Para entender la existencia del perjuicio no podemos fijarnos únicamente en el balance negativo del patrimonio del afectado, sino que el perjuicio debe ser real, efectivo y evaluable económicamente; son las notas esenciales que debemos tener en cuenta³².

Se podría dar el siguiente problema; no poder concretar el perjuicio en el momento en que el juzgador deba pronunciarse sobre la existencia o no del delito. Pero para que pueda determinarse si hubo perjuicio es suficiente con que se fijaran las bases para su posterior determinación. Es importante señalar que no estamos hablando de un perjuicio hipotético, sino de un perjuicio cuya concreción no pudo realizarse por motivos puramente técnicos.²¹¹

3.5. Posibilidad de Subsunción de las Conductas Fraudulentas ejecutadas a través de internet en el modelo de estafa contenida en el Código penal y en la Ley Especial Contra Delitos Informáticos y

²¹¹ Heras, *“Los delitos de estafa y falsedad documental”*, 78.

Conexos

Un aspecto esencial es saber qué conductas pueden subsumirse en el delito estafa común regulada en el Código Penal y en la estafa informática regulada en la Ley especial contra delitos informáticos y conexos. Ya se dijo en el capítulo anterior que los elementos básicos del tipo penal de la estafa son: engaño, error esencial, acto de disposición patrimonial, perjuicio, ánimo de lucro y nexos causales.

De los elementos antes mencionados el engaño y el error son los elementos nucleares de la estafa común. Sin embargo la problemática radica en aquellos casos que no pueden englobarse dentro del tipo básico de la estafa por la inexistencia de algún requisito, especialmente alguno de estos dos elementos centrales. Casos como el envío de mensajes fraudulentos mediante mails, en donde se engaña a la víctima, entra dentro del tipo básico de estafa regulados en los artículos 215 en relación al 216 numeral 5 Cód. Pn.

Pero en los supuestos donde no están presentes los elementos nucleares del engaño y error es cuando debemos estudiar y determinar si son susceptibles de subsunción. Se comentó al principio del presente trabajo casos de spyware, en supuestos en los que no hay un mensaje directo a la víctima sino que mediante un programa el defraudador puede beneficiarse patrimonialmente en perjuicio de la víctima, o hacer desaparecer deudas que previamente tuviera; el engaño y error no puede producirse como tal. Otros supuestos donde no se da el engaño ni error son los casos de phishing. Ya se dijo que mediante este sistema el defraudador manda un mensaje a un grupo de víctimas sin especificar. Ese correo sirve para que la víctima haga constatar datos personales, claves u

otros datos sensibles, una vez el defraudador posee esa información no necesita ponerse más en contacto con su víctima. Aquí tampoco hay una comunicación al uso entre víctima y estafador, sino que más bien pretende conseguir unos datos sensibles de una generalidad de sujetos. Una vez los ha obtenido ya puede beneficiarse de ellos y la comunicación es innecesaria. Tampoco hay error y engaño propiamente dichos, pero siempre existe un ánimo de lucro ya que el defraudador pretende beneficiarse patrimonialmente, aunque el error no siempre se dé en estos supuestos, el ánimo de lucro es una constante.²¹²

Por lo tanto, este tipo de casos es por lo que se creó la figura recogida en el artículo 10 de la Ley contra delitos informáticos y conexos, y es la denominada estafa informática, para englobar supuestos donde el error y engaño no estuvieran presentes o fuera más que discutible su presencia; no es algo que haya nacido con las nuevas tecnologías, sino que siempre hubo supuestos que se salían del modelo general del delito de estafa.

Por lo tanto, se encuentran supuestos que no cumplen los requisitos de la estafa común. El engaño y error no están presentes o son de un modo indirecto, no hay una persona que sufre el engaño ni artimañas encaminadas a hacerle caer en error. La acción del defraudador se origina frente a un ordenador u otra máquina, como puede ser un cajero automático o terminal bancaria, por propia definición no se puede engañar o hacer caer en error a una máquina ya que no dispone de personalidad,

²¹² Ricardo Mata y Martín, Algunas consideraciones sobre informática y Derecho penal. (El caso de la estafa informática, en Documentos Penales y Criminológicos, vol. 1, 2001) 48 y ss.

como sí posee una persona²¹³. Otro aspecto que lo diferencia de la estafa común es que la transferencia de los activos patrimoniales no la hace la víctima del engaño, sino el propio autor a través del sistema⁴⁰.

El término manipulación informática puede plantear alguna dificultad a la hora de contemplar cada caso. La transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro no supone mayor problema, siempre que exista esa transferencia se cumpliría con el requisito. La definición de manipulación informática aparece en variada jurisprudencia; podría entenderse como cualquier método que consista en la alteración de los elementos físicos necesarios para la programación de la máquina, o introducción de datos falsos, con el fin de obtener la transferencia patrimonial. Pero en los supuestos donde se obtengan claves a través de spyware u otros métodos, o los casos ya explicados de phishing, pueden plantear problemas ya que no siempre existe una alteración de elementos físicos, ni una introducción de datos falsos. Si por ejemplo el sujeto activo utilizó ilícitamente las claves de la víctima, no se dio ninguna manipulación, pero si se realiza una operación informática que está contemplada en el artículo 10 de la ley en comento.

²¹³ Patricia Faraldo Cabana, “*Los conceptos de manipulación informática y artificio semejante en el delito de estafa informática*”, en Eguzkilo, núm. 21, (diciembre 2007). 37

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA EN EL SALVADOR SOBRE LA ESTAFA POR MEDIOS INFORMATICOS

El presente capítulo tiene como finalidad establecer como otros países han regulado en su normativa el delito de Estafa por medios informáticos, para posteriormente realizar un análisis comparativo con la Ley Especial contra delitos informáticos y conexos, que es la normativa con que cuenta El Salvador y que regula los delitos informáticos; además se realiza un estudio jurisprudencia de sentencias, que desarrollan el delito de estafa cometido por medios informáticos.

El desarrollo de la tecnología informática ha abierto las puertas a nuevas posibilidades de delincuencia antes impensables. El aspecto más importante de la informática radica en que la información ha pasado a convertirse en un valor económico de primera magnitud. Desde siempre el hombre ha buscado guardar información relevante para usarla después;²¹⁴ es por ello que la cuantía de los perjuicios así ocasionados es a menudo muy superior a la usual en la delincuencia tradicional y también son mucho más elevadas las posibilidades de que no lleguen a descubrirse o castigarse.

Como señala Camacho Losa, *“En todas las facetas de la actividad humana existen el engaño, las manipulaciones, la codicia, el ansia de venganza, el fraude, en definitiva, el delito. Desgraciadamente es algo*

²¹⁴Claudio Paúl, Magliona Markovitch, Macarena López Medel, *“Delincuencia y Fraude Informático”*, (Ed. Jurídica de Chile. 1999). 33

consustancial al ser humano y así se puede constatar a lo largo de la historia."²¹⁵ El delito informático implica actividades criminales que los países han tratado de encuadrar en figuras típicas de carácter tradicional, tales como robos, hurtos, fraudes, falsificaciones, perjuicios, estafas, sabotajes. Sin embargo, debe destacarse que el uso de las técnicas informáticas han creado nuevas posibilidades del uso indebido de las computadoras lo que ha creado la necesidad de regulación por parte del derecho.²¹⁶

Los casos de abusos informáticos deben ser combatidos con medidas jurídico-penales; no obstante, para castigar ciertos comportamientos merecedores de pena con los medios del Derecho penal tradicional existentes, presentan algunas dificultades. Éstas se deben en gran medida de la prohibición jurídico-penal de analogía y, en ocasiones, son insuperables por la vía jurisprudencial. A partir de ello surge la necesidad de adoptar medidas legislativas.²¹⁷ Pocos son los países que disponen de una legislación adecuada para enfrentarse con este problema, sin embargo, con el objeto de que se tome en cuenta las medidas adoptadas por ciertos Estados, a continuación se presentan casos particulares.

4.1. España

A la hora de realizar un estudio del delito de estafa informática, Toiedemann, partía de una postura crítica con respecto a la postura de la naturaleza análoga o semejante a la estafa común ya que aunque la

²¹⁵ Luis Camacho Losa, *"El Delito Informático"*, (Madrid, España, 1987). 47

²¹⁶ Boletín Informático 10-19. Delitos Informáticos.com, consultado en: http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/delitos-informaticos-Tratamiento-internacional_0_2450155056.html, el 01 de febrero de 2017, a las 09:49 pm.

²¹⁷ Ramírez Bejerano y Aguilera Rodríguez, Los delitos informáticos, Tratamiento Internacional, en Contribución a las Ciencias Sociales, mayo 2009, consultado en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/04/rbar2.htm>, el 02 de febrero de 2017, a las 10:25 am

intensión del legislador a la hora de crear este delito hubiese sido la analogía como tal, resulta imposible encontrar esta analogía en todas las modalidades comisivas contempladas.²¹⁸

La estafa por medios informáticos es una de las tipologías del cibercrimen en el que se da la defraudación por medios informáticos, es decir, la utilización del sistema informático como medio para transferir los activos patrimoniales a favor del autor (el desplazamiento es siempre virtual, es inaprensible).

En España, los delitos informáticos son un hecho sancionable por el Código Penal en el que el delincuente utiliza, para su comisión, cualquier medio informático. Estas sanciones se recogen en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre en el BOE número 281, de 24 de noviembre de 1995. Estos tienen la misma sanción que sus homólogos no informáticos. Por ejemplo, se aplica la misma sanción para una intromisión en el correo electrónico que para una intromisión en el correo postal²¹⁹.

El fraude informático como se verá más adelante se regula en el art. 248.220 del CP español de 1995 siendo considerado por el legislador como una modalidad de la estafa aplicándosele los preceptos relativos a la penalidad de la estafa y agravaciones, si bien las afinidades que presenta con la estafa genérica del art. 248.1º son mínimas.²²⁰

²¹⁸ Tiedemann, K., *Wirtschaftsbetrug: Sondertatbestände bei Kapitalanlage und Betriebskredit, Subventionen, Transport und Sachversicherung, EDV und Telekommunikation; Erweiterte und aktualisierte Sonderausgabe der 11. Auflage des Leipziger Kommentar; W. De G.. Berlin, 1999. 15*

²¹⁹ Fernández, *Cibercrimen, los delitos cometidos a través de internet*, 47.

²²⁰ *Revista trimestral de actualidad jurídica cultura y ocio; Lex Nova; Ed N° 53, Valladolid (2008): 6-7*

Esta nueva tipología se introduce por razones político-criminales al existir una laguna legal en el caso de mediar manipulación informática ya que la defraudación de este tipo no era subsumible en la estafa y tampoco podía tipificarse en el hurto o la apropiación indebida.²²¹

Al centrarse en el fraude informático es excesivo reconducir al mismo todo perjuicio patrimonial mediante manipulación informática, reduciéndose el ámbito a las defraudaciones patrimoniales por medios informáticos. Y éstas se manifiestan en la casuística de dos formas: las estafas mediante manipulaciones informáticas y las conductas ilícitas o abusivas mediante tarjetas magnéticas y su empleo en cajeros automáticos.

Regulación del fraude informático en el Código Penal español: El artículo 528 del código Penal anterior a 1995 recogía el delito de estafa y decía así: "*el que con ánimo de lucro, utilizare engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno...*"

Este delito requería, para su producción, dos elementos claros: La utilización de engaño bastante por el autor del delito. La producción de un error en la víctima del mismo.²²²

La necesidad de concurrencia de estos dos elementos ha impedido en muchas ocasiones poder calificar un hecho como de estafa cuando ha tenido lugar mediante la utilización de un medio informático o cuando éste ha

²²¹ Josefina García García-Cervigón; El fraude informático en España e Italia. Tratamiento jurídico-penal y criminológico, consultada en: file:/C:/ Users/JC/Downloads/357-1190-1-PB.pdf, el 02 de febrero de 2017, a las 11:45 pm.

²²² Noelia García, Delito de Estafa Informática, consultada en: [http:// unaaldia.hispasec.Com /2001/05/delito-de-estafa-informatica-art-2482.html](http://unaaldia.hispasec.Com/2001/05/delito-de-estafa-informatica-art-2482.html).

estado presente en la acción delictiva de cualquier otra forma. Por ejemplo, no es posible subsumir la estafa realizada por una persona utilizando el ordenador de su casa logrando la transferencia bancaria de la cuenta de un tercero a una de su titularidad.

En este supuesto sí existe el ánimo de lucro, puesto que el estafador actúa guiado por ese afán de enriquecerse económicamente, y el perjuicio a tercero, puesto que se produce un detrimento económico a otra persona, pero sin embargo no aparecen estos dos elementos anteriormente señalados, el engaño a tercero y el error bastante, y ello porque el autor del delito no ha utilizado ninguna treta ni artimaña para engañar a la víctima, para viciar la voluntad del tercero, puesto que la acción se ha producido a través de una máquina, el ordenador, y como consecuencia tampoco cabe plantearse la producción de error por el mismo motivo.

Es por ello que en los casos en que se producían estas defraudaciones informáticas, la doctrina y la jurisprudencia se vieron obligadas a acomodarlas a las figuras ya existentes, sin embargo se comprobó que no era factible.²²³

Esta insuficiencia se puso de manifiesto en la Sentencia del T.S de 19 de Abril de 1991, en la que se calificó la conducta de un empleado de banca que manipuló las cuentas corrientes de varios clientes a través del ordenador y se embolsó más de 3.000.000 pesetas. El tribunal consideró que no hubo estafa, sino apropiación indebida ya que no hubo engaño en las víctimas que les llevara a producirles el error necesario que les indujera a realizar esa

²²³ Antonio Garcia, Pables Molina, "informática y Derecho penal, en implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información", (Citema, Madrid, 1984). 43-45. Establece que la informática abre nuevos horizontes a los delincuentes, incita a la imaginación, favorece su impunidad y potencia los efectos del delito convencional.

disposición patrimonial a favor del autor del delito. La solución dada por esta sentencia era muy forzada.²²⁴

Con la aprobación del nuevo Código Penal en 1995, se introdujo el artículo 248 que recoge en su primer párrafo el concepto tradicional de estafa, y en el segundo todas aquellas conductas defraudadoras llevadas a cabo mediante manipulaciones informáticas (computer fraud) o estafas informáticas.²²⁵

Con este segundo párrafo se da cobertura a todas aquellas actuaciones delictivas que no tenían cabida con el anterior código penal. Los principales elementos que lo constituyen son:

- a) El ánimo de lucro. El ánimo de lucro se refiere a que el sujeto actúe con el deseo o la intención de enriquecerse, de aumentar su patrimonio.
- b) Perjuicio a tercero²²⁶. El perjuicio debe afectar a un tercero, ya que no es la propia víctima la que realiza la transferencia económica, sino que es el propio autor del delito el que la lleva a cabo
- c) La acción típica es la de valerse de una manipulación informática o artificio semejante. Desaparece el engaño bastante y el error. El concepto de manipulación informática se corresponde con la conducta de alterar, modificar u ocultar datos informáticos de manera que, se realicen operaciones de forma incorrecta o que no

²²⁴ García; consultada en: http://www.delitos_informaticos.com/estafas/delito.shtml.

²²⁵ Derecho Penal Económico; Manual de formación continuada 14; (Consejo General de Poder Judicial; Madrid, España; 2001). 443

²²⁶ Mata, Algunas consideraciones sobre informática y Derecho penal. 109

se lleven a cabo, y también con la conducta de modificar las instrucciones del programa con el fin de alterar el resultado que se espera obtener. De esta forma un sujeto puede introducir instrucciones incorrectas en un programa de contabilidad de manera que no anote cargos a su cuenta corriente por ejemplo, o que desplace a su cuenta bancaria todos los ingresos efectuados un determinado día a las cuentas cuyos números terminen en determinado número, etc.

- d) La transferencia no consentida del patrimonio de otra persona sin utilizar violencia. La transferencia no consentida está referida al cambio de una partida económica de un lugar a otro, es decir, desplazamiento del dinero de la cuenta bancaria de la víctima a la cuenta del autor del delito.

Manipulación informática o artificio semejante, según el concepto más extendido derivado fundamentalmente de la interpretación jurisprudencial²²⁷, lo relevante será la máquina, informática o mecánica, *actuó a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos*. “Alteración de elementos físicos y de programación” e “introducción de datos falsos” serán pues los elementos necesarios para poder afirmar la presencia de tal modalidad de conducta.²²⁸

²²⁷ STS de 20 de noviembre de 2001(RJ 2002\805) y STS de 26 de junio de 2006 (RJ 2006\4925)

²²⁸ Pérez Manzano M., “Compendio de Derecho Penal”, parte especial, (vol.II, Ceura, Madrid, 1998). 456. Establece que el resto de elementos típicos del delito de estafa informática no plantean especial dificultad; así, la misma exige que los autores “*consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial*”, siendo suficiente para ello el cambio factico de adscripción del elemento patrimonial.

En este delito no cabe la comisión culposa, el sujeto activo actúa dolosamente, es decir, actúa conociendo y queriendo realizar la acción delictiva. El concepto de "manipulación informática" implica por sí mismo, la intencionalidad del sujeto activo, es difícil que alguien lleve a cabo actos de alteración, modificación de datos o programas informáticos por error y que además le reportan un beneficio económico, ya que estas acciones requieren conocer los datos o instrucciones correctas y cambiarlos por otros, el sujeto sabe que su actuación constituye una acción contraria a derecho y aun así la lleva a cabo.

De ahí que, el legislador español establece al principio del art. 248.2 "también se consideran reos de estafa", expresión que a juicio de la doctrina cierra cualquier polémica y ello conlleva tres cosas: el sujeto activo menoscaba el patrimonio ajeno, la conducta fraudulenta consiste en manipulación informática o artificio semejante y la posibilidad de aplicar la pena de estafa y agravaciones al tipo del art. 248.2.²²⁹

El delito de estafa en un delito de relación pero si la conducta se realiza frente a una máquina mediante las formas establecidas en el 248.2 entonces estamos frente a la estafa informática.

En consecuencia, el fraude informático tiene como elemento común con la estafa genérica el ánimo de lucro, no tiene los elementos del error y el engaño como ésta y difiere en otros como es la concurrencia de la manipulación informática o artificio semejante y la transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de tercero.

²²⁹ Juan, Córdoba Roda y Mercedes García Arán, Comentarios al Código Penal, parte especial, Tomo I, (Madrid-Barcelona, Ed. Aranzadi, 2004). 770

La Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre “la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”, de fecha 28 de mayo de 2001, dispone en su art. 3º que *“Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario (...) mediante: la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad, y la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos.”*²³⁰

El art. 248 del Código Penal tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, dispone lo siguiente:

"1. Cometten 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.

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro."

El ámbito de aplicación del tipo es tan amplio como para englobar los desplazamientos patrimoniales in consentidos que se producen por medios

²³⁰ 2001/413/JAI: Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo; *Diario Oficial n° L 149 de 02/06/2001. 0001 - 0004*

informáticos. En palabras del Tribunal Supremo: *“Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco. El artificio es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, cuando el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o cuando lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber.”*²³¹

Las diferencias entre el tipo de la estafa informática y la clásica que recoge el art. 248.1 CP son evidentes, pues afectan a elementos tan característicos de este delito como son el engaño y el error que generan el acto de disposición en perjuicio de la propia víctima o de un tercero, en cambio subsisten los elementos subjetivos del dolo y el ánimo de lucro²³².

En cuanto al engaño, es de destacar que la nueva figura pretende proteger el patrimonio de los ataques que propician las nuevas tecnologías, que se describen por el legislador español como "manipulación informática o artificio semejante", incluyendo todos aquellos mecanismos que sean idóneos para conseguir esa transferencia in consentida de un activo patrimonial, que integra el acto de disposición y que provoca el enriquecimiento que el autor persigue. A diferencia de lo que ocurre respecto a la estafa prevista en el nº 1 del art. 248 del Código Penal Español, el engaño ya no es un elemento básico ni su presencia es imprescindible, dado que la función que allí desempeñaba el uso de engaño, aquí es el recurso a

²³¹ Sentencia del Tribunal Supremo 860/08, 17-12.

²³² *Ibíd*

la manipulación informática o un artificio fraudulento semejante, que son los que dan lugar al desplazamiento patrimonial que no ha consentido su titular.

Respecto de lo anterior el Tribunal Supremo en la sentencia 533/2007, del 12 de junio, establece que *“no es precisa la concurrencia de engaño alguno por el estafador, porque el acecho a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal.”*²³³

Respecto al error, es de destacar que aquí ni siquiera se produce una relación intersubjetiva, ni es requisito imprescindible esa “colaboración” de la víctima del fraude informático, porque el desplazamiento patrimonial se produce, por virtud de la manipulación informática. La acción no se dirige contra un sujeto que pueda ser inducido a error sino que se ejerce directamente al programa informático que actúa, sin error, según la información que le es suministrada.

En la Sentencia del Tribunal Supremo número 1476/2004, del 21 de diciembre establece: *“En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, sin 'error'”*. Y la sentencia del Tribunal Supremo número 369/2007, del 9 de mayo pone de manifiesto que el tipo de la estafa informática admite diversas modalidades comisivas, *“bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través*

²³³ Sentencia, Referencia: nº 533/2007 (Madrid, Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, 2007).

de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.”

Asimismo la el Tribunal Supremo en sentencia 369/07 del 9 de mayo, establece *“como en la estafa clásica, debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación, y el engaño, que es propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos”.*

4.1.1. Calificación Jurídica del *phishing* como estafa informática en España.

Debe anticiparse que el fenómeno complejo del *phishing* más común en la práctica de los tribunales comprende la actuación de al menos dos personas, el *phisher* y el "cyber-mula"²³⁴, así como su desarrollo en diversos ámbitos territoriales, no sólo internos, sino de diferentes países, el lugar donde se encuentra el defraudador y desde el que lanza sus campañas de captación, el lugar donde la víctima recibe el ataque que puede o no coincidir con el domicilio de su cuenta bancaria, y el lugar donde el mulero desarrolla

²³⁴ Usuario que participa en una red de phishing, incluso sin ser consciente de su colaboración en un delito, consultado en: <https://www.zorraquino.com/diccionario/internet/cibermula.html>.

su contribución, recibiendo y extrayendo la suma defraudada que es enviada por él generalmente al extranjero, usualmente a países del este.

La estafa clásica se aplica la conocida como Teoría de la Ubicuidad²³⁵, según el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 3 febrero 2005²³⁶, el delito se comete en todos los lugares en los que se desarrollan los elementos del tipo (en el caso de la estafa, donde se despliega el engaño o donde el sujeto pasivo realiza el acto de disposición patrimonial o donde se manifiesta el perjuicio) lo que implica que la competencia corresponde a aquel de los juzgados de dichos territorios que en primer lugar haya iniciado las actuaciones procesales.

La aplicación de esta teoría al caso del *phishing* precisa de matizaciones, pero en todos los casos el Alto Tribunal considera al mulero partícipe en un delito de estafa informática, “salvo que actúe bajo error”; a título de ejemplo el Amparo ante el Tribunal Supremo del 19 de febrero de 2014 (nº de Recurso: 20768/2013) señala:

“Como ha dicho esta Sala en asuntos similares se trata de determinar la responsabilidad penal de este intermediario, conocido como 'mulero'. Los encargados de la sustracción y posterior ingreso permanecen sin identificar. Suelen residir en el extranjero. La conducta se englobaría en la figura de la estafa informática, salvo que actúen bajo error. La propia dinámica comisiva está pensada para hacer verosímil el engaño, dando al intermediario la

²³⁵ Lugar de acción del delito. Partiendo de la unidad inescindible entre acción y resultado se estima que el delito debe reputarse cometido tanto donde se produce el resultado como en donde tiene lugar la acción. Consultado en: Diccionario Jurídico de Derecho Español, <http://palabradeley.com/fichaglosario.php?id2458>, el 06 de agosto de 2017, a las 06:45am

²³⁶ Sentencia, Referencia: nº 140/2005 (Madrid, Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, 2005)

condición de víctima de los scammers²³⁷, que son quienes desde el extranjero transfieren el dinero apropiado a las cuentas de colaboradores, conscientes o inconscientes, situados en España. La responsabilidad de los 'muleros' dependerá de si tienen o no conciencia del origen ilícito del dinero.

“En definitiva, la calificación jurídica de los hechos como integrantes de un delito de estafa informática, obligará a analizar en qué medida el dolo de ese tercero que hace posible el rendimiento del capital evadido, capta los elementos del tipo objetivo del delito de estafa. Abrir una cuenta corriente con el exclusivo objeto de ingresar el dinero del que se desapodera a la víctima, encierra un hecho decisivo para la consumación del delito de estafa, pues en la mayoría de los casos, al autor principal no le será suficiente con disponer de la información precisa sobre las claves personales para ejecutar el acto de desapoderamiento. Necesitará una cuenta corriente que no levante sospechas y que, mediante la extracción de las cantidades transferidas pueda llegar a obtener el beneficio económico perseguido. Precisamente por ello, la contribución de quien se presta interesadamente a convertirse en depositario momentáneo de los fondos sustraídos, integrará de ordinario el delito de estafa. Pero para ello resultará indispensable -claro es que quede suficientemente acreditada su participación dolosa en el delito cuya secuencia inicial ejecuta un tercero, pero a la que coopera de forma decisiva”.

4.2. Alemania

El ordenamiento penal alemán, ha sido considerado tradicionalmente como un ejemplo paradigmático, para todos los ordenamientos que

²³⁷ Estafador, consultado en: Diccionario Bab.Lab inglés-español, Oxford, University Press, el 07 de agosto de 2017, a las 07:00am

pretendieran sancionar penalmente las posibles manipulaciones informáticas, por contener una descripción típica enumerativa o exhaustiva de sus posibles modalidades comisivas.²³⁸

En Alemania la estafa informática se encuentra regulada en el artículo 263a²³⁹ del código penal alemán. La norma fue creada por el Art. 1 N° 9 de la 2ª Ley de lucha contra la criminalidad económica (Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität), y fue ampliada por el Art. 1 N° 10 de la 35ª Ley de modificación del Derecho penal (strafrechtsänderungsgesetz) de 22/11/2003. Se dice que la introducción de un delito paralelo al tipo de estafa consistía en una necesidad político-criminal ineludible, debido a la emergente utilización de procesamientos de datos, particularmente en la organización del servicio de pagos en el ámbito bancario, donde se había incrementado el peligro de uso abusivo, y en donde –en opinión de la mayoría– los tipos penales vigentes no podían comprender tales comportamientos, porque –en su opinión–, un daño patrimonial no se originaría por la disposición condicionada del error de una persona (natural), pues ocurrido el perjuicio patrimonial por una intervención ilícita en el sistema del proceso de tratamiento de datos no se produciría un engaño en la persona encargada del control.

²³⁸ Galán, “El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos, análisis de artículo 248.2”, 109

²³⁹ “Artículo 263a Estafa informática (1) Quien, con el propósito de obtener una ventaja patrimonial antijurídica para sí o para un tercero, perjudica el patrimonio de otro, influyendo en el resultado de un proceso de tratamiento de datos, a través de una errónea configuración del programa, a través del uso de datos incorrectos o incompletos, a través del uso no autorizado de datos, o de otra manera a través de una intervención no autorizada en el proceso, se castiga con privación de libertad de hasta cinco años o con multa. (2) Los párrafos 2 a 7 del artículo 263 son aplicables según corresponda. (3) Quién prepara un delito según el párrafo 1, mientras produce un usoprograma informático cuyo objetivo es la comisión de tal hecho, proporcionado para sí o para un tercero, lo ofrece, guarda, o se lo deja a otro, se castiga con privación de libertad de hasta tres años o con multa. (4) En los casos del párrafo 3 son aplicables, según corresponda, los párrafos 2 y 3 del artículo 149”. Balmaceda, “*El delito de estafa informática*”, 114

Por otra parte, en el párrafo 3º del artículo 263a del código Penal alemán se contiene una expansión de penalidad de actos preparatorios. Esto se debió a una decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 28/5/2001 para la lucha contra la estafa y falsificación en relación con los medios de pago ilícitos, sin que el legislador alemán quisiera marcar un propio acento que supere esto, habiendo superado, al parecer, sus compromisos legales con Europa.

La versión original del artículo 263a del código penal alemán se inspiraba estrechamente el artículo 263²⁴⁰ del mismo Código. Sin embargo, la misma, se extendió por parte del consejo de expertos del comité legal, también a los casos de uso no autorizado de datos, impulsado por la norma sobre los elementos estructurales de la estafa y también por los delitos contra la propiedad –en el sentido del hurto mediante engaño (“*Trickdiebstahls*”, que coincide con el robo con fuerza del art. 440 N° 3 del código penal chileno) –, que incluye los tipos de apropiación indebida e infidelidad.

Se afirma que por la ampliación del “uso no autorizado de datos” la norma perdió su simetría con el artículo 263. Entonces, para evitar insuficiencias y una expansión sin límites de la norma, se afirma por la doctrina alemana mayoritaria que tiene que valer como regla de interpretación para todas las variantes del tipo, que no se puede aplicar el artículo 263a, si el comportamiento no se corresponde a un engaño hacia personas como en la estafa.

²⁴⁰ Esta norma, en cuanto a lo que nos interesa, dice: “Quién, con el fin de obtener una ventaja patrimonial ilícita para sí o a un tercero, perjudique el patrimonio de otro a través de una simulación, deformando u ocultando hechos verdaderos, excitando a un error o manteniéndolo, se castiga con”. (traducción del autor). 115

De esto resulta –según la doctrina alemana dominante– que el artículo 263a quiere comprender sólo los casos en que por falta de una influencia intelectual sobre una persona y de su reacción condicionada por error, no puedan ser comprendidos por el artículo 263.

El artículo 263a del código penal alemán delimita su conducta típica mediante una descripción enumerativa y alternativa de sus posibles modalidades comisivas, descripción dentro de la cual se puede distinguir, cuatro posibles formas de comisión:

1. *Incorrecta configuración del programa*: Algunos autores han considerado que los “programas” debían ser considerados simplemente como una clase o especie de dato informático, interpretación que provocaría que la comisión en análisis tuviese que ser entendida como redundante con respecto a aquella otra referida al uso de datos, ya que cualquier posible alteración que se efectuasen sobre el programa se podrían encuadrar perfectamente dentro de la referida a la manipulación de datos²⁴¹, es decir, dentro de las manipulaciones denominadas IMPUT.²⁴²

Sin embargo, otros autores afirmaban que, aun cuando se considerase incluíble el programa informático como tal dentro del concepto más general de dato se podría sustentar la autonomía de la modalidad típica referida a la manipulación de programas, atendiendo a la particular peligrosidad que esta presentaría en relación a la que se efectuase sobre el resto de datos, ya que, una manipulación del programa provocaría que con cada nueva utilización del mismo se alcanzase una nueva falsificación de su resultado.

²⁴¹ Ulrich Weber, “Strafrecht. Besonderer Teil, Lehrbuch”, Ernst und Werner Gieseking, (Bielefeld, 2000).110

²⁴² Galán, “El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos, análisis de artículo 248.2”, 39

Por último, una opinión manifiestamente diversa de las dos anteriores es aquella sostenida por quienes entienden que los programas informáticos mantienen su autonomía conceptual con respecto al dato, considerando en tal sentido que los primeros se diferenciarían de los segundos por el hecho de representar las instrucciones u órdenes sucesivas del proceso de trabajo que se desarrolla en el ordenador, cuya unión con los conceptos que se introduzcan en el sistema será precisamente la que determinara la producción de un resultado final con relevancia patrimonial, en los supuestos de estafas informáticas.²⁴³

Es menester apuntar que no existe una única respuesta respecto a qué debe entenderse por un programa configurado de forma incorrecta:

i) Para la doctrina dominante, esto debe comprenderse de forma “objetiva”, esto es, efectuando una comparación entre el tratamiento realizado y el resultado finalmente obtenido con el mismo y aquellos (tratamiento y resultado) que no se deberían haber producido en el sistema mediante el uso de datos correctos;

ii) Para la opinión minoritaria (subjetiva), por su parte, un programa es “incorrecto” cuando no corresponde la voluntad del autorizado para disponer con la formación de las ideas²⁴⁴. Sostienen que la opinión contraria, que, como vimos, se refiere a la objetiva tarea del proceso de tratamiento de datos, ignoraría que la “corrección” del programa, con independencia de la voluntad del gestor del programa, no puede existir. Al contrario –dicen–, éste

²⁴³ Peter Cramer, autor que considera que esta modalidad delictiva también plantearía problemas de delimitación con respecto a la cuarta, referida a cualquier influencia en el transcurso del proceso de datos, por lo cual propone que se aplicase esta modalidad a los supuestos de configuración incorrecta del programa mientras que la modalidad de la influencia se aplicaría tan solo a los supuestos de alteraciones posteriores. 2107-2109.

²⁴⁴ Ibid. 5

fija libremente sus metas a establecer y, entonces, o bien elige dentro del software estándar existente, y si requiere de necesidades específicas, que se correspondan mejor con sus especificaciones, se ajusta a ellas, o bien crea el programa correspondiente o, lo encarga²⁴⁵.

2. Uso de datos incorrectos o incompletos: La segunda de las posibles modalidades comisivas del delito de estafa informática contemplado en el §263^a del Código Penal Alemán, viene referida a la utilización o al uso de datos incorrectos o incompletos, formulación de aparente simplicidad, mediante la cual se pretendería sancionar aquellas conductas que podrían considerarse como supuestos de manipulación del IMPUT, hecho que no ha impedido que su tipificación haya sido objeto de controversia doctrinal incluso desde antes de la aprobación y entrada en vigor de La Segunda Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica.²⁴⁶

3. El uso no autorizado de datos: El último fundamento de la inclusión de esta modalidad típica (no contemplada inicialmente en el proyecto presentado en su día por el gobierno) en el texto definitivo del delito de estafa informática, fue el hecho que durante su tramitación legislativa se cuestionase que todos los supuestos de abusos de cajeros, pudiesen encontrar un adecuado tratamiento penal en alguna de las tres modalidades comisivas inicialmente contempladas por tal proyecto.

Se entendía frente a tales supuestos de hecho que, si bien alguna de las posibles formas de abuso de cajeros imaginables podría encontrar una

²⁴⁵ Kindhäuser, Urs, “§ 263a”, (en Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nomos, Baden Baden, 2005).18

²⁴⁶ Galán “El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos, análisis de artículo 248.2”.118

sanción adecuada mediante su incardinación en dichas modalidades, sería precisamente aquellas que solían efectuarse con mayor frecuencia sobre tales aparatos, consistentes en extraer dinero ajeno mediante la utilización de la tarjeta original de su legítimo titular junto con su correspondiente código de identificación personal (PIN) las que encontrarían mayor dificultad a la hora de encontrar una adecuada vinculación entre las mismas.

Estos supuestos de hecho recibían una respuesta jurisprudencial muy diversa con anterioridad a la promulgación de la contemplada ley, habiéndose calificado en algunos casos como verdaderos delitos de hurto, mientras que en otros se había decretado la libre absolución de sus autores, por haber entendido el tribunal que tales conductas deberían ser tenidas como absolutamente atípicas,²⁴⁷ hecho que llevo a que la comisión de expertos designados para la elaboración de La Segunda Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica intentase encontrar un adecuado encaje técnico para tales casos en la nueva redacción del delito de estafa informática.

4. Cualquier otro modo de interferencia no autorizada en el proceso de datos: Parece existir un cierto acuerdo doctrinal respecto al hecho de que esta última modalidad típica tendría por función principal la de servir de cláusula de cierres de las posibles lagunas que pudiesen presentar las anteriores; señalándose en tal sentido que vendría a posibilitar que se considerase como constitutivas del delito de estafa informática a aquellas posibles influencias en el discurrir del proceso de datos, que no hubiesen supuesto una efectiva alteración o cambio en la configuración del programa

²⁴⁷ Maurach Schröder/maiwald señalan que antes de la aplicación del delito de estafa informática estos casos, se venían dando soluciones en algunos casos contradictorias por parte de la jurisprudencia con relación a los supuestos de cajeros, encontrándose sentencias que condenaban por los delitos de hurto, de apropiación indebida, existiendo incluso sentencias que encontraban tales conductas como atípicas. *Ibíd.*129

informático utilizado, como podrían ser las manipulaciones del Hardware del sistema²⁴⁸, siendo también un instrumento adecuado para conseguir la sanción penal de todas aquellas manipulaciones que se pudiesen llegar a crear como consecuencia del desarrollo tecnológico o de la “inventativa” e imaginación de los defraudadores y que resultaban absolutamente imprevisibles en el momento de la redacción del §263^a del código penal alemán.²⁴⁹

4.3. Estados Unidos

En Estados Unidos, existen leyes federales que protegen contra el ataque a ordenadores, uso ilegítimo de passwords, invasiones electrónicas en la privacidad, y otras transgresiones; las dos leyes Federales de Estados Unidos más importantes utilizadas por los jueces Federales de dicho país para perseguir a los delincuentes informáticos son: 18 usc, Capítulo 47, sección 1029, y sección 1030, de 1994 que modificó al Acta de Fraude y el Acta Federal de Abuso Computacional de 1986.

El Pronunciamiento sobre Abuso y Fraude Informático de 1986, es la principal pieza legislativa aplicable a la mayoría de los delitos informáticos, a pesar que existen otras leyes las cuales también pueden ser aplicadas para la persecución de los delitos informáticos; dicho pronunciamiento fue modificado con el Título 18 USA Código 1030, el cual complementó a la Ley de Privacidad de las Comunicaciones Electrónicas de 1986, que dejó fuera de la ley el interceptar comunicaciones digitales. Las Modificaciones de la

²⁴⁸ KÜHL, K., considera que el ámbito de aplicación de esta modalidad está delimitada por su función de cierre de lagunas. *ibíd.*152

²⁴⁹ Esta modalidad estaría pensada para nuevas técnica de manipulación y en particular para las manipulaciones del Harware. Galán Muñoz, *ibíd.*152

Ley de Abusos Informáticos de 1994 amplió la Ley de 1986 al acto de transmitir virus y otra clase de código dañino²⁵⁰.

En el país en mención existe la Sección de Delitos Informáticos y Propiedad Intelectual (CCIPS), la cual es la responsable de implementar estrategias nacionales del Departamento de Justicia, para combatir a nivel mundial los delitos informáticos y los delitos contra la propiedad intelectual. La Iniciativa de Delitos Informáticos es un programa amplio diseñado para combatir las penetraciones electrónicas, los hurtos de datos y los ataques informáticos contra sistemas críticos de información.

La CCIPS previene, investiga y enjuicia los delitos informáticos al trabajar en conjunto con otras agencias gubernamentales, el sector privado, las instituciones académicas y las instituciones homólogas extranjeras. Los abogados de la Sección se esfuerzan por mejorar la infraestructura nacional e internacional (jurídica, tecnológica y operativa) para perseguir a los delincuentes informáticos de la forma más efectiva. A su vez, las responsabilidades de la Sección en términos de cumplimiento frente a delitos contra la propiedad intelectual son igualmente multifacéticas²⁵¹.

Por su parte está el FCIC (Federal Computers Investigation Committee), es la organización más importante e influyente en lo referente a delitos computacionales: los investigadores estatales y locales, los agentes federales, abogados, auditores financieros, programadores de seguridad y policías de la calle trabajan allí comunitariamente. El FCIC es la entrenadora

²⁵⁰ Código Penal Internacional contra delitos informáticos, consultado en: <http://catherinpa che co01.blogspot.com/2014/11/legislacion-informatica-de-estado- unidos.html>.

²⁵¹ Departamento de Justicia de Los Estados Unidos Sección de Delitos Informáticos y Propiedad Intelectual, consultado en: www.cybercrime.gov, el 01 de Mayo de 2018, a las 8:16am

del resto de las fuerzas policiales en cuanto a delitos informáticos, y el primer organismo establecido a nivel nacional.

Asimismo existe la Asociación Internacional de Especialistas en Investigación Computacional (IACIS), siendo la encargada de investigar nuevas técnicas para dividir un sistema en sus partes sin destruir las evidencias. Sus integrantes son "forenses de las computadoras" y trabajan, además de los Estados Unidos, en Canadá, Taiwán e Irlanda.²⁵² Es importante mencionar que la propiedad intelectual (IP) se ha convertido en uno de los principales motores económicos de los Estados Unidos, y es debido a ellos que la nación es un blanco usual de los ladrones de material protegido por copyright, marca registrada, o denominación de secreto industrial.

En su esfuerzo por cumplir estas metas, los abogados de CCIPS generalmente adelantan investigaciones complejas, resuelven problemas jurídicos e investigativos únicos, provocados por las tecnologías emergentes de computación y telecomunicaciones; apoyan a otros fiscales en sus procesos; entrenan agentes de la autoridad a nivel federal, estatal y local; hacen comentarios sobre la legislación, y proponen nueva legislación; y promueven y participan en esfuerzos internacionales para combatir los delitos informáticos y los delitos contra la propiedad intelectual²⁵³.

Traducción al Español De 18 Usc, Capítulo 47, Sección 1030, Título 18- Crímenes y Procedimiento Penal, parte I-Crímenes, Capítulo 47-Fraude y Declaraciones Falsas:

²⁵² Legislación y Delitos Informáticos- Estados Unidos, consultado en: <https://www.seguinfo.com.ar/delitos/estadosunidos.htm>, el 01 de Mayo de 2018, a las 2:00pm

²⁵³ *ibídem*

§ 1030. Fraude y actividad relacionada en conexión con computadoras

(a) Quien- (1) accede intencionalmente a una computadora sin autorización o excediendo el acceso autorizado, y mediante tal conducta haber obtenido información que ha sido determinada por el Gobierno de los Estados Unidos de conformidad con una orden ejecutiva o estatuto para exigir protección contra la divulgación no autorizada por razones de defensa o relaciones exteriores, o cualquier información restringida, como se define en el párrafo y. de la sección 11 de la Ley de Energía Atómica de 1954, con motivos para creer que dicha información así obtenida podría utilizarse para perjudicar a los Estados Unidos, o para ventaja de cualquier nación extranjera que deliberadamente comunique, entregue, transmita o haga que se comunicados, entregados o transmitidos, o intenta comunicar, entregar, transmitir o hacer que se comuniquen, entreguen o transmitan lo mismo a cualquier persona que no tenga derecho a recibirlo, o lo retiene intencionalmente y no lo entrega al funcionario o empleado de los Estados Unidos con derecho a recibirlo²⁵⁴;

(2) accede intencionalmente a una computadora sin autorización o excede el acceso autorizado, y así obtiene:

(A) información contenida en un registro financiero de una institución financiera, o de un emisor de tarjeta como se define en la sección 1602 (n) del título 15, o contenida en un archivo de una agencia de información del consumidor sobre un consumidor, según se definan dichos términos en la Ley de Informes Crediticios Justos (15 USC 1681 et seq.);

²⁵⁴https://www.google.com.sv/search?q=traductor+de+ingles+a+espa%C3%B1ol&rlz=1C1NHXL_esSV792SV792&oq=traductor&aqs=chrome.2.69i57j69i61j69i59j0l3.3790j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8

(B) información de cualquier departamento o agencia de los Estados Unidos; o

(C) información de cualquier computadora protegida;

(3) intencionalmente, sin autorización para acceder a cualquier computadora no pública de un departamento o agencia de los Estados Unidos, accede a una computadora de ese departamento o agencia que es exclusivamente para el uso del Gobierno de los Estados Unidos o, en el caso de una computadora no exclusivamente para tal uso, es utilizada por o para el Gobierno de los Estados Unidos y tal conducta afecta el uso por o para el Gobierno de los Estados Unidos;

(4) a sabiendas y con la intención de defraudar, accede a una computadora protegida sin autorización, o excede el acceso autorizado, y mediante dicha conducta fomenta el fraude pretendido y obtiene cualquier cosa de valor, a menos que el objeto del fraude y la cosa obtenida consista solo del uso de la computadora y el valor de dicho uso no es más de \$ 5,000 en cualquier período de 1 año;

(A) a sabiendas causa la transmisión de un programa, información, código o comando, y como resultado de dicha conducta, intencionalmente causa daños sin autorización, a una computadora protegida;

(B) accede intencionalmente a una computadora protegida sin autorización, y como resultado de dicha conducta, causa imprudencia el daño; o

(C) accede intencionalmente a una computadora protegida sin autorización, y como resultado de dicha conducta, causa daños y pérdidas.

(6) a sabiendas y con la intención de estafar a los tráfico (como se define en la sección 1029) en cualquier contraseña o información similar a través de la cual se puede acceder a una computadora sin autorización, si-

(A) tal tráfico afecta el comercio interestatal o extranjero; o

(B) dicha computadora es utilizada por o para el Gobierno de los Estados Unidos;

(7) con la intención de extorsionar a cualquier persona con dinero u otra cosa de valor, transmite en el comercio interestatal o extranjero cualquier comunicación que contenga; (A) amenaza de causar daño a una computadora protegida; (B) amenaza de obtener información de una computadora protegida sin autorización o en exceso de la autorización o menoscabar la confidencialidad de la información obtenida de una computadora protegida sin autorización o al exceder el acceso autorizado; o (C) demande o solicite dinero u otra cosa de valor en relación con el daño a una computadora protegida, donde tal daño fue causado para facilitar la extorsión; será castigado según lo dispuesto en la subsección (c) de esta sección.

4.4. Italia

Por su parte, en *Italia* el delito objeto de este trabajo se encuentra regulado en el art. 640 ter de su Código Penal, que fue añadido por el art. 10 de la Ley Nº 547 de 23/12/1993, y se dirige a reprimir las hipótesis de ilícito

enriquecimiento conseguidas por el empleo “fraudulento” de un sistema informático. En dicho país se ha manifestado que el fenómeno, bien conocido en los Órdenes de todos los países industrializados, consiste en la interferencia sobre el desarrollo regular de un proceso de elaboración de datos, para conseguir, como resultado de la alteración del resultado de la elaboración, un desplazamiento patrimonial injustificado.²⁵⁵

La doctrina italiana ha considerado que la posibilidad de *reconducir* estas hipótesis a la figura de la estafa tradicional (art. 640²⁵⁶ de su Código Penal), si no pudiera excluirse completamente, resultó en todo caso fuertemente condicionada por las circunstancias del caso concreto: no pudiendo, en efecto, asimilarse la utilización fraudulenta de la máquina al engaño de un hombre –en razón de la prohibición de *analogía en malam partem*–, fue indispensable verificar si en el caso concreto una persona, antepuesta al control de la elaboración en un momento posterior al que intervino la manipulación, hubiera sido inducida en error a consecuencia de

²⁵⁵Esta norma dice: “Fraude informático. Quien, alterando de cualquier modo el funcionamiento de un sistema informático o telemático o interviniendo sin derecho con cualquier modalidad sobre datos, informaciones o programas contenidos en un sistema informático o telemático o a ellos pertinentes, procura para sí o a otro un injusto provecho con daño ajeno, es castigado con privación de libertad de seis meses a tres años y con multa de 51 euros a 1.032 euros. La pena es privativa de libertad de uno a cinco años y de multa de 309 euros a 1.549 euros, si concurre una de las circunstancias previstas por el número 1 del inciso segundo del art. 640, o bien si el hecho es cometido con abuso de la calidad de operador del sistema. El delito es punible a querrela de la persona ofendida, salvo que concurra alguna de las circunstancias del inciso segundo u otra circunstancia agravante”. Balmaceda, “*El delito de estafa informática*”, 116

²⁵⁶ Esta norma señala: “Estafa. Quien, con artificios o insidias, induciendo a alguien en error, procura para sí o a otro un injusto provecho con daño ajeno, es castigado con privación de libertad de seis meses a tres años y con multa de 51 euros a 1.032 euros. La pena es privativa de libertad de uno a cinco años y de multa de 309 euros a 1.549 euros: 1) si el hecho es cometido contra el Estado u otro ente público o con el pretexto de hacer exonerar a alguien del servicio militar; 2) si el hecho es cometido engendrando en la persona ofendida el temor de un peligro imaginario o la errónea convicción de deber ejecutar una orden de la autoridad. El delito es punible a querrela de la persona ofendida, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas por el párrafo anterior u otra circunstancia agravante”. *ibidem*. 117

la intervención fraudulenta. Y justo sobre la base de consideraciones de este tenor, es que la jurisprudencia italiana ha aplicado a veces el art. 640. Por ejemplo, en el caso de manipulaciones de datos habientes a objeto de procesos informáticos que previeron todavía el concurso del hombre (eventualidad, ésta, destinada a desaparecer con el progreso de la informatización, que se basa sobre la sustitución integral del computador al hombre).

Para la *mayoría* de la doctrina italiana, el nuevo tipo de *estafa informática* aparece claramente inspirado en el esquema de la estafa, proponiéndose integrar el art. 640 únicamente en aquellos casos en que el computador haya reemplazado el proceso decisional de un ser humano en la valoración de situaciones relevantes sobre el plan económico. Sin embargo, se dice que la *simetría* entre las dos figuras de delito no es *perfecta*: se afirma que al describir la concatenación causal entre las muchas fases en que se articula la agresión al patrimonio ajeno el art. 640 no establece el elemento de la inducción en error de la víctima, o sea, en el ámbito informático, la acusación de un resultado inexacto, o en todo caso irregular, del proceso de elaboración de datos con respecto del que ha intervenido la manipulación. Tal elemento del tipo ha sido, sin embargo, creído implícito por el intérprete, para asegurar a la norma sobre la *estafa informática* un ámbito de operatividad circunscrito a las hipótesis en las que habría sido aplicable la norma de la estafa tradicional, si solamente la conducta fraudulenta se hubiera dirigido a una persona, en vez de a un computador.

4.5. Nicaragua

Actualmente Nicaragua cuenta con una propuesta de Ley de Delitos informáticos, el cual trata de encaminar el derecho interno nicaragüense

hacia la actualización y modernización de las leyes penales para poder combatir de forma efectiva la Cibercriminalidad, y evitar que estos hechos delictivos queden en la impunidad, y así poder hacer frente al problema de la Cibercriminalidad.

Si bien es cierto que Nicaragua no cuenta con un instrumento jurídico especializado que dé tratamiento a la delincuencia informática, esto no quiere decir que algunos tipos penales o bien algunas conductas criminales no se prevengan o sancionen. Puesto que, si se previenen en diversos cuerpos normativos.²⁵⁷

4.5.1. Código Penal de Nicaragua

Los códigos en general reconocen derechos propios de las personas, pero el código penal, no los declara, solo los defiende, es por ello que cuando se habla de materia penal no se habla de derechos, sino de delitos.

El Código Penal de la República de Nicaragua,²⁵⁸ es un conjunto de normas jurídicas que tipifican conductas mediante la aplicación de penas, en beneficio del orden jurídico, protección social y del bien común, debe regular todas y cada una de las acciones u omisiones que sean consideradas delictivas.

El Código Penal de Nicaragua regula algunos delitos convencionales que también pueden cometerse a través del uso del internet como: Otro delito informático que claramente regula este nuevo código, es la Estafa informática contenida en el artículo 229, del libro II, del título VI Los delitos

²⁵⁷ Chavarría Pérez, et al, *ibíd.* 59

²⁵⁸ Ley No. 641 publicada en la Gaceta No. 232 del 03 de diciembre del 2007.

contra el patrimonio y el orden socio-económicos”, Capítulo V “, el cual establece:

“Quien con el propósito de obtener un provecho ilícito, para sí o para un tercero mediante ardid o engaño, induzca o mantenga en error a otra persona para que realice una disposición total o parcial sobre el patrimonio propio o ajeno, siempre que el valor del perjuicio patrimonial exceda la suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales del sector industrial, será penado con prisión de uno a cuatro años y de noventa a trescientos días multa.

La misma pena se impondrá a quien con el propósito de obtener un provecho ilícito, consiga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, mediante la manipulación de registros informáticos o programas de computación o el uso de otros artificios semejante.”

En el citado artículo la estafa informática aparece como una modalidad de la estafa tradicional, estableciendo la diferencia que en esta última se induce al error a una persona, pero en la primera (La estafa informática) lo que se requiere es una manipulación de registro o programa informático y este mismo se castiga con prisión de uno a cuatro años y noventa a trescientos días multa.²⁵⁹

4.5.2. Elementos del delito de Estafa

Son cuatro los elementos que se deben considerar en la Estafa:

²⁵⁹ Luis Hernández Leon, “Los delitos informáticos en el nuevo Código Penal de la República de Nicaragua”, (Leon, Nicaragua, Mayo, 2009). 36

- 1.- Engaño o presentación falsaria de una determinada realidad.
- 2.- Error, que sufre a consecuencia del engaño.
- 3.- Ánimo de lucro en el sujeto activo.
- 4.- Disposición patrimonial del sujeto pasivo.

Sin embargo, la “Estafa Informática” no encaja, en su dinámica comisiva, con la Estafa tradicional pues no existe realmente engaño o error, dado que la maquina no goza de una psicología que pueda ser objeto de engaño.²⁶⁰ Es decir, para que haya estafa, el engaño debe producir el error hacia la persona, pero como se podría llegar a engañar a un ordenador, tendría que ser a una persona física porque en el ordenador son registros, en todo caso habría alteración de datos que son los que el sistema opera.²⁶¹

Pero la nueva Estafa Informática, posee elementos distintos que guardan relación con la estructura clásica de la Estafa: la manipulación informática o el empleo de “artificio semejante”, que equivale al engaño clásico; la transferencia no consentida, o acto de disposición de la estafa tradicional, y por supuesto, en ambos casos existe perjuicio económico, que sufre el titular de la cuenta sobre la que se produce el ataque informático.²⁶²

En este caso la proliferación de las compras telemáticas permite que aumenten también los casos de estafa. Se trataría en este caso de una

²⁶⁰ Ídem. 37

²⁶¹ Lester Antonio Calero Espinoza, “*El nuevo delito de acceso y uso no autorizado de registros, datos o archivos informáticos introducido por la Ley numero 641 Código Penal*”, (Monterrey). 30

²⁶² Urbano Castrillo “*Infracciones patrimoniales por medios informáticos y contra la información, como bien económico*”. (Cuaderno de derecho judicial. No 3, 2006). 163

dinámica²⁶³ comisiva que cumpliría todos los requisitos del delito de estafa, ya que además del engaño y el "animus defraudandi" existiría un engaño a la persona que compra. No obstante seguiría existiendo una laguna legal en aquellos países cuya legislación no prevea los casos en los que la operación se hace engañando al ordenador.²⁶⁴

En relación a lo anterior también se establece que en el párrafo primero del artículo 229 del Código Penal Nicaragüense, hace mención a la estafa y el párrafo segundo a la estafa informática, no de una manera literal pero si reúne los requisitos para poder entenderse como una estafa.

Ahora, para que exista una estafa debe de haber un engaño, pero para la estafa informática, el legislador viene a sustituir la palabra engaño por el de manipulación de registros informáticos, pudiendo así este cambio crear un vacío jurídico en el concepto doctrinario de estafa, porque al no haber engaño no hay estafa.²⁶⁵, Mata y Martin en torno a esta perspectiva establece que *“en realidad la nueva estafa informática solo presenta afinidades con escasos elementos de la estafa en su configuración tradicional y por tanto no sirve como referencia”*.²⁶⁶

4.6. Costa Rica

La legislación costarricense entorno al desarrollo de cuerpos jurídicos que regulan al delito informático se puede catalogar como innovadora. Los primeros tipos penales informáticos fueron regulados a partir del año 2001,

²⁶³ Se refiere a la aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada, según el Diccionario de la Real Academia Española.

²⁶⁴ <http://www.mailxmail.com/curso/informatica/delitosinformaticos/capitulo12.htm>

²⁶⁵ Calero Espinoza. 30

²⁶⁶ Mata, Algunas consideraciones sobre informática y Derecho penal. 59

cuando se crearon e incluyeron en el Código Penal los delitos de violación de comunicaciones electrónicas, fraude electrónico y alteración de datos y sabotaje informático, los cuales son modificados con la nueva Ley 9048.²⁶⁷

El fraude informático se tipificaba específicamente en el Artículo 217 bis del Código Penal, el cual establece *“Fraude informático Se impondrá pena de prisión de uno a diez años a la persona que, con la intención de procurar u obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero, influya en el procesamiento o el resultado de los datos de un sistema de cómputo, mediante programación, empleo de datos falsos o incompletos, uso indebido de datos o cualquier otra acción que incida en el proceso de los datos del sistema.”*²⁶⁸

Actualmente con la entrada en vigencia de la Ley 9048 en el Art. 217 se establece que ya no será fraude informático sino estafa informática. Aumenta el mínimo y reduce el máximo de prisión dejándolo entre tres y seis años (anteriormente era de uno a diez años). Si la conducta es cometida contra un sistema de información público, bancario o financiero la pena será de cinco a diez años de prisión.²⁶⁹

En torno a lo anterior *“en Costa Rica de los diversos delitos informáticos que actualmente se persiguen en el país y que los atienden las Fiscalías Adjuntas de Fraudes, Delitos Varios y de Económicos, las autoridades judiciales señalan al fraude informático, como el más dañino para personas, entes privados y entidades bancarias.*

²⁶⁷ Reforma de varios artículos y modificación de la Sección VIII, denominada delitos informáticos y conexos, del Título VII del Código Penal aprobada el 6 de noviembre del año 2012.

²⁶⁸ Código Penal de Costa Rica, Ley 4573 publicada en la gaceta 257, el 15 de noviembre de 1970, entro en vigencia el 15 de noviembre de 1970

²⁶⁹ Chavarría Pérez. 46-47

Del año 2007 al 2009, es donde se dio el bum de cientos de causas que ingresaron al OIJ y el Ministerio Público por la gran cantidad de denuncias por transferencias fraudulentas electrónicas bancarias, donde se vieron afectadas muchísimas personas de diversas entidades del sistema bancario nacional, utilizando diversas modalidades de fraudes informativos como el phishing y pharming",

El phishing consiste en el envío de un correo masivo, sin establecer una víctima específica, que indica a los clientes bancarios que su cuenta se ha identificado como fraudulenta y por lo tanto deben actualizar sus datos. Al respecto Erick Lewis de la Sección de Delitos Informáticos del OIJ explicó "ponían un link que los remitía a un sitio falso, donde pedían usuario y contraseña y luego con esa información, procedían a realizar las transacciones a otras cuentas".

La delincuencia evolucionó al denominado pharming, el cual también consiste en un correo masivo y a través de envío de tarjetas de felicitación, cuando se intentaba abrir, se bajaba un archivo y cambiaba la configuración cuando se tecleaba una página bancaria, que remitía a la persona a una dirección falsa, finalmente con esta información se realizaban las transacciones.²⁷⁰

De ahí que, es indiscutible la necesidad existente que el texto del fraude informático regulado en el Código Penal de Costa Rica se transformara, por lo que en la actualidad el texto evoluciona y amplía los alcances del actual delito de fraude informático (artículo 217 bis del Código Penal), a estafa informática y señala que se sancionará penalmente a quien

²⁷⁰ <https://www.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol142/>, sitio web consultado el día 22 de noviembre de 2017.

"manipule o influya en el ingreso, en el procesamiento o en el resultado de los datos de un sistema automatizado de información, ya sea mediante el uso de datos falsos o incompletos, el uso indebido de datos, programación, valiéndose de alguna operación informática o artificio tecnológico, o bien, por cualquier otra acción que incida en el procesamiento de los datos del sistema o que dé como resultado información falsa, incompleta o fraudulenta, con la cual procure u obtenga un beneficio patrimonial o indebido para sí o para otro".²⁷¹

4.7. Semejanzas y Diferencias

4.7.1. Semejanzas

Tanto los países europeos en estudio (Alemania, España e Italia), como los países latinoamericanos (Nicaragua, Costa Rica y El Salvador), consideran el delito de estafa informática como una modalidad de la estafa tradicional, es decir que la estafa informática tiene elementos afines con la estafa tradicional al momento de configurarse el hecho punible.

En todas las legislaciones relacionadas y en la de El Salvador, se arguye que no es posible enmarcar el fraude informático bajo la tipificación estricta de la estafa tradicional, aun cuando son afines en ciertos elementos como por ejemplo el ánimo de lucro, pero al realizarse el ilícito de estafa informática a través de un ordenador no se cumple con elementos típicos

²⁷¹ Ley nº 9048/12: Código Penal: Reforma varios artículos de la sección denominada delitos informáticos y conexos.

indispensables en el delito de estafa tradicional, como por ejemplo el engaño a un tercero, ya que la acción se realiza a través del ordenador.

Estados Unidos, Alemania, España, Italia y El Salvador han creado tipo penal taxativo o Ley Especial en la cual se regulen los delitos informáticos y conexos, dentro de los cuales se enmarca la estafa o fraude informático, en El Salvador está en vigente la Ley Especial contra Delitos Informáticos y Conexos.

En los Códigos penales de El Salvador y Nicaragua, se regula de forma tácita la estafa informática, siendo insuficiente tal tipicidad para poder configurar y sancionar el referido ilícito.

Tanto El Salvador, España y Costa Rica reconocen el Phishing como una forma de fraude informático, mediante el cual el sujeto activo obtiene beneficio patrimonial mediante medios informáticos

4.7.2. Diferencias

Alemania y Estados Unidos a diferencia del resto de países en estudio tanto europeos como latinoamericanos, incluyendo a El Salvador, es la única legislación que contiene una descripción típica enumerativa o exhaustiva de sus posibles modalidades comisivas, por medio de lo cual se han considerado las diversas modalidades en que el sujeto activo puede cometer el delito (específicamente establece 4 modalidades de comisión que ya se plasmaron anteriormente), las demás legislaciones de El Salvador, Costa Rica, España, Italia y Nicaragua únicamente establecen un artículo o tipo penal en el cual establecen el delito de estafa informática.

Estados Unidos a diferencia de El Salvador, tanto jueces como policías cuentan constantemente con capacitaciones

El Salvador hace diferencia entre fraude informático y estafa informática, crenado dos tipos penales diferentes, en cambio en Costa Rica a través de la reforma al Código Penal, solo se reconoce la estafa informática, el cual paso a sustituir lo que antes se llamaba fraude informático, en cambio en Alemania se usa indistintamente estafa y fraude informático ya que existen varias modalidades de cometer el ilícito por medios informáticos, el cual engloba todas las formas de ejecución del ilícito penal.

La Legislación Española a diferencia de la salvadoreña, establece claramente la competencia territorial en caso de delito informático. (El delito se comete en todos los lugares en los que se desarrollan los elementos del tipo (en el caso de la estafa, donde se despliega el engaño o donde el sujeto pasivo realiza el acto de disposición patrimonial o donde se manifiesta el perjuicio) lo que implica que la competencia corresponde a aquel de los juzgados de dichos territorios que en primer lugar haya iniciado las actuaciones procesales, en cambio en nuestra legislación al presentarse tal ilícito no existe competencia territorial definida en la Ley contra delitos informáticos y conexos, tomando en cuenta que el sujeto activo ejecuta el ilícito a través del ordenador desde determinada ubicación y el sujeto pasivo o el objeto de delito se encontraran en otra circunscripción territorial, en la actualidad es un vacío legal de la referida Ley.

4.8 Estudio Jurisprudencial de casos de estafa regulada en los artículos 215 en relación al artículo 216 numeral 5 del Código Penal, cuando es cometida por manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos

4.8.1. Resolución con referencia INC-96-11-8-ML., procedente de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador²⁷²

La presente resolución versa entorno a un recurso de apelación interpuesto por parte de la representación fiscal en contra de la resolución emitida por el Juzgado Sexto de Instrucción de San Salvador, en la se decretaron medidas sustitutivas a la detención provisional, argumentado el apelante que existen elementos suficientes para sustentar la posible participación de los imputados en los delitos de Estafa Agravada Tentada y de Hurto Agravado Tentado, regulado y tipificado en los Artículos 215, 216 N° 5, 207 y 208 N° 6 todos del Código Penal, en perjuicio de Banco HSBC Salvadoreño S.A. y la Sociedad Protectora de Animales., ya que han tenido acceso a la cuenta de la víctima sin autorización, lo cual constituye una prueba insoslayable de la probabilidad de obstrucción de la investigación; además que la documentación presentada para probar los arraigos no aseguran que los imputados cumplan con las obligaciones que se les pudiesen imponer para que continúe el proceso o no interfieran en los actos de investigación.

El supuesto de hecho de la presente causa básicamente ha consistido en que el día 5 de mayo del año 2011 el imputado acompañado de otra persona, se presentó a la rapi caja del Banco HSBC de El Salvador ubicado en Hiper Europa en la Alameda Manuel Enrique Araujo y Cale Nueva No. Uno Col. Escalón San Salvador, *ha tratar de hacer efectiva una orden de pago de doscientos dólares, obtenida mediante manipulación informática de*

²⁷² Sentencia Definitiva, Referencia INC-96-11-8-ML (El Salvador, Cámara Tercero de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2011).

datos, que como es lógico suponer al consultar al titular de dicha cuenta manifestó que él no había hecho tal operación. Al llegar agentes de la Delegación Central de Investigaciones en respuesta al llamado que les hizo un Señor que es Jefe de Seguridad del Banco vieron que quien ya habla entregado su DUI a la cajera se desplazaba hacia una cafetería en donde se encontraba otra persona, quien no había comprado nada, solamente estaba sentado, en ese momento los agentes abordaron a ambos sujetos y se percataron que andaban juntos; portaba un atache que contenía una laptop y bastante documentación como facturas y documentos de identidad que no le pertenecían, luego fueron informados por otra señora, quien es miembro de la seguridad del Banco, que la transacción para dicha operación se habla realizado vía Internet en horas de la madrugada y que el imputado, pretendía hacer efectivas otras tres órdenes de pago, en el mismo Banco pero de otras cuentas bancarias, razón por la cual se procedió a la detención.

Respecto al Examen sobre elementos del tipo para determinar los presupuestos necesarios para imposición de la detención provisional, a juicio de la Cámara en el presente caso, para establecer la Apariencia de Buen Derecho, es necesario determinar, en primer lugar, si es correcta la determinación de los tipos penales con los que se califica provisionalmente la acción realizada, para ello se analizara si concurren los elementos del tipo de la estafa agravada tentada y luego veremos si concurren los del hurto tentado.

Respecto a la concurrencia de los elementos del tipo de Estafa Agravada Tentada se tiene que el Artículo 215 y 216 N 5 expresa: El que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será

sancionado con prisión de dos cinco años si la defraudación fuere mayor de doscientos colones"

Estafa Agravada, previsto y sanciona en el Art. 216- El delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años, en los casos siguientes:

5) Cuando se realizare manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos.

Los elementos del tipo objetivo de este delito básicamente son los siguientes: Es un delito de acción. Sujeto activo, puede ser cualquiera, por lo tanto no es un delito especial. Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido que en este caso es el patrimonio de las víctimas, la conducta típica contiene los siguientes elementos secuencialmente distribuidos: la acción engañosa, el error causado por ella, el acto dispositivo del ofendido, consecuencia del error y el perjuicio patrimonial, consecuencia del acto dispositivo. También pertenece al tipo objetivo la relación de causalidad entre la acción engañosa, y el error, entre el error y el acto dispositivo del ofendido y entre el acto dispositivo y el perjuicio patrimonial.

En el presente caso los sujetos activos del delito realizaron el ardid o acción engañosa por medio de la manipulación informática mediante la que pretendieron indebidamente el cobro de una orden de pago, esta manipulación según el código penal comentado parte segunda, equivale al engaño en el tipo básico y la interferencia equivale a la disposición y perjuicio.

En el caso que nos ocupa de acuerdo a lo establecido en el artículo 216 numeral 5° se realiza la conducta típica de la Estafa agravada cuando

realizare manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos, y tal como se señala en dicha obra con esta descripción se engloba todos los casos en los que se realiza una transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de terceros.

En vista de lo antes afirmado, esta Cámara encuentra errónea la calificación provisional de hurto agravado tentado dado al hecho de haber realizado manipulación informática introduciendo datos falsos, ya que este elemento está comprendido y por lo tanto se subsume en el tipo del delito de Estafa Agravada descrito en numeral 5° del artículo 216 del código penal. De lo anterior podemos concluir que el hecho que se les atribuye a los imputados es típico y por lo tanto tiene relevancia penal.

4.8.2. Resolución con referencia INC- 208-13-2, procedente de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador²⁷³

La presente resolución a analizar es un Recurso de Apelación interpuesto por parte de un Querellante y por la Representación Fiscal, en contra de la sentencia definitiva que absolvió al imputado, arguyendo inobservancia de las reglas de la sana crítica con respecto a medios probatorios de valor decisivo, además de los principios de coherencia y derivación, específicamente el principio de razón suficiente, considerando que con los elementos de prueba presentados en el proceso se ha establecido la existencia de los delitos de Estafa Agravada y Uso y Tenencia de Documentos Falsos; por consiguiente, la valoración que realizó el juez A-quo respecto a los medios de prueba, se concluye que se violentó dichas reglas de la sana crítica; en atención a lo anteriormente señalado se le

²⁷³ Sentencia Definitiva, Referencia INC-208-13-2 (El Salvador, Cámara Tercero de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

solicito al tribunal Ad-quem anule la sentencia definitiva absolutoria objeto de apelación dictada por el Juez sentenciador.

Por lo que los supuestos de hecho de la presente causa, versan en tomo los señores Douglas Borromeo C. C., y su cónyuge la señora Maritza Genoveva E. de C., en el cual el primero era titular de una cuenta con el Banco de América Central, que la titularidad de dicha cuenta le permitía hacer uso de una tarjeta de débito y que de manera adicional, se había obtenido otra tarjeta a favor de la señora E. de C. Y que en un determinado momento la señora E. de C., fue informada que con una tarjeta que lucía los datos de la misma, se habían efectuado una serie de transacciones que no correspondían al giro normal de las verificadas por ella, mostrándole por parte del Banco, un listado de las transacciones irregulares, las cuales no fueron reconocidas por la señora, por lo que el banco le devolvió el importe de las transacciones fraudulentas.

Lo anterior, tiene como corroborativo periférico con el contrato de cuenta de ahorro número 102913876, a nombre del señor C.; la solicitud de adición de firma a la misma cuenta a favor de la señora E. de C.; con lo que se estableció la apertura de la cuenta en mención, y la posibilidad de utilizar la tarjeta de débito tanto por el señor Castaneda, como por su esposa.

Expresa, además el, recurrente, que se tiene la inclusión de un informe firmado por la señora Olivia M., Gerente del Área de Cumplimiento del Banco de América Central, en el que se informa que con una tarjeta que lucía las mismas características y códigos magnéticos de la original adjudicada a la señora E. de C. se habían efectuado trece operaciones que no fueron reconocidas por la titular de la tarjeta. Se cuenta además con el

informe de la cuenta bancaria del señor C., en la cual constan los movimientos efectuados por aquella tarjeta.

Fotocopia certificada por el Gerente de Operaciones del Banco de América Central, donde se relaciona el reclamo realizado por la señora E. de Ca., por compras no realizadas por la misma, sino con una tarjeta que luce las características de su tarjeta de débito.

Lo anterior, a consideración del recurrente, como elementos de prueba documental legalmente obtenidos e incorporados, corroboran que el señor Douglas C. C., aperturó una cuenta con el Banco de América Central, a partir de la cual se le proporcionó tanto a él como a su señora esposa, a cada uno, una tarjeta de débito. Que a la señora Maritza Genoveva E., le fue informada sobre las transacciones fraudulentas realizadas utilizando sus datos, transacciones que no fueron reconocidas por la misma, y que ante el reclamo por ella realizada, el Banco le devolvió el importe económico de las operaciones no reconocidas. En consecuencia los elementos distintivos de su tarjeta de débito fueron ilegalmente utilizados para producir otro plástico y con su uso generar un beneficio de manera fraudulenta sin mediar su consentimiento en ello.

Continúa expresando el recurrente, que con lo anterior se permite concluir que mediante ardid o engaño, utilizando mecanismos, estrategias y medios referentes a copiado de datos electrónicos, se efectuó una reproducción de los datos de la tarjeta de débito de la señora E., en un plástico, y con su utilización existió un tránsito de patrimonio en beneficio ilegítimo de una persona, elementos que permiten concluir la existencia del delito de estafa mediante elementos electrónicos, lo que constituye una agravante de tipo penal.

Por tanto a la imputada Andrea Carolina P. M., se le atribuye el delito de Estafa Agravada, previsto y sancionado en el art. 215 relacionado con el art. 216 N° 5 del Código Penal, los cuales literalmente dicen:

"Art. 215.- El que obtuviere para sí o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años si la defraudación fuere mayor de doscientos colones.

Art. 216: El delito de estafa será sancionado con prisión de cinco a ocho años, en los casos siguientes: 5) Cuando se realizare manipulación que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos."

Del tipo penal de Estafa se advierten los siguientes elementos objetivos: La acción engañosa. El sujeto activo, simula un hecho falso cuando lleva a conocimiento de otro un hecho no existente como existente, deforma un hecho verdadero cuando le falsifica al ofendido el cuadro total del hecho, sea mediante la adición o la supresión de sus particularidades esenciales, y oculta un hecho verdadero, cuando sustrae del conocimiento del ofendido determinada circunstancia o particularidad, respecto a una situación, cosa o persona.

Error, es una representación positiva, de un falso hecho, y ese error es producto del engaño del sujeto activo.

Acto dispositivo patrimonial. A consecuencia del error, el engañado debe realizar el acto dispositivo patrimonial. Por acto dispositivo patrimonial se entiende un actuar, un tolerar o un omitir del engañado, que causa, de

manera inmediata, una disminución patrimonial, perjudicial para sí mismo o para un tercero. Para que exista un acto dispositivo patrimonial es necesario que el engañado, de acuerdo al plan del autor, aparezca como el "instrumento" que causa, por sí mismo, mediante su conducta, la disminución patrimonial o la autolesión patrimonial. Esta característica del acto dispositivo patrimonial es esencial, porque responde a la característica del delito de estafa, que presupone que el autor no interrumpe en la esfera patrimonial ajena, (ni por sí mismo ni a través de un mediador del hecho), ni se procura por sí mismo la ventaja patrimonial, sino que utiliza al engañado para obtenerla. Desde el punto de vista económico, la reacción del engañado a la acción engañosa del autor, debe ser un acto de dar; es decir, que la reacción del engañado a la acción engañosa debe ser la causa inmediata y eficiente de la disminución patrimonial. Es por esta razón que la estafa es un delito de autolesión, porque el engañado, como instrumento del autor, causa él mismo el daño patrimonial, para sí o para un tercero, a través del acto dispositivo patrimonial.

Perjuicio patrimonial. Existe cuando la desventaja patrimonial proviene, de manera inmediata, de la lesión al bien patrimonial penalmente protegido, por tanto en la estafa solamente hay daño patrimonial cuando el patrimonio es lesionado de manera inmediata.

En cuanto al tipo subjetivo del delito de estafa, ese consiste en el dolo del sujeto activo de obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero.

En cuanto a la agravante la disposición sanciona la realización de alguna manipulación informática, con lo que se engloban todos los casos en

los que se realiza una transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de tercero.

La manipulación tiene que ir dirigida a lograr interferir, en el sentido de alterar, el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos, de tal modo que se atribuyan indebidamente ingresos o bienes o servicios o se le anulen incorrectamente débitos o gastos. Esta manipulación equivale al engaño en el tipo básico y la interferencia equivale al acto de disposición y al perjuicio.

En el caso en concreto consideran lo suscritos que existió un engaño por la manipulación realizada con el fin de interferir en el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos, que consistió desde la extracción de la información de la tarjeta de la señora E. de C., para transmitir esos datos a través de medios informáticos, hacia otro plástico que parcialmente contiene el nombre de la imputada P. M., con el fin de disponer del patrimonio al que tenía derecho la titular de la tarjeta; lo anterior en virtud del hallazgo que se hiciera en la vivienda de la imputada, de los objetos para realizar esa manipulación.

En el caso de Súper Repuestos, se ha establecido con la prueba indiciaria que la imputada se hizo presente, e intento comprar repuestos, haciendo creer que la tarjeta entregada era de su titularidad, cuando en realidad la tarjeta de débito entregada, contenía en su banda magnética información de la señora Escalante de C., con el fin de obtener un provecho injusto.

Como efecto de la acción engañosa, existe un error, ya que hubo un cobro del importe de la compra realizada por la imputada, en el

establecimiento, sin embargo, posteriormente esa compra es cancelada; lo anterior constituye un delito en grado de tentativa, conforme a lo señalado en el art. 24 Pn., ya que la imputada realizó todos los actos tendientes a realizar la estafa, pero por causas ajenas a ella no se consumó. Lo anterior se constata en los movimientos bancarios de la cuenta número 102913878, cuyo titular es el señor Douglas C. C.; en el que no se encuentra cargado el importe de la compra de Súper Repuestos.

En cuanto al resto de transacciones realizadas con la tarjeta de la señora Maritza Genoveva E. de C., que no fueron reconocidas por su titular, se detallan las siguientes: 1) Pizza Papa Johns, por un monto de \$3.25; 2) China Wok Galerías, por un monto de \$4.50; 3) Wendys Galenas, por un monto de \$ 5.25, 4) Súper Selectos Multiplaza, por un monto de \$189.64; 5) Fiesta Mexicana, por un monto de \$85.80; 6) Texaco Loma Linda, por un monto de \$40.00; 7) Hospital Pro Familia, por un monto de \$500.00; 8) Texaco Loma Linda, por un monto de \$411.65; 9) Esso Zacamil, por un valor de \$45.00; 10) Esso on the Run la Rábida II, por un valor de \$44.85; 11) Farmacia Virgen de Guadalupe Colonia Medica, por un valor de \$311.01; 12) Super Selectos, por un valor de \$72.00; y 13) Súper Selectos, por un valor de \$191.88. Consta en el proceso a partir del fs. 118, certificación extendida por el Gerente de Operaciones del Banco de América Central, de los bouchers de las compras detalladas en el párrafo precedente, de los cuales se advierte, que la compra realizadas en China Wok, y en Papa Jonhs, lo fueron con el servicio de pago rápido, por lo que no consta ni firma ni documento único de identidad de la persona que realizó la compra.

De las transacciones realizadas en el Hospital Pro Familia, Esso Zacamil, y Esso La Rábida, se advierte que fueron realizadas por persona distinta a la imputada, pues aparece en los bouchers consignado el

Documento Único de Identidad número..., que no corresponde a la imputada, sino a un hombre.

En cuanto al resto de transacciones, no se cuenta con un peritaje que determine que la firma que aparece en los bouchers corresponde a la imputada, en algunos aparece que el Documento Único de Identidad entregado por la persona que realizó las transacciones el número..., que corresponde a la imputada Andrea Carolina P. M.; y tomando además en consideración que se ha determinado mediante la prueba indiciaria que la misma fue la que intentó realizar la compra en Súper Repuestos, el siete de mayo de dos mil doce, es decir hay proximidad temporal al resto de las compras, se llega a la conclusión que también fueron realizadas por la misma, y que en esos casos si fue una Estafa consumada, pues además del engaño, y el error, hubo un beneficio patrimonial, y un perjuicio patrimonial, pues se constata en el movimiento bancario de la cuenta a nombre del señor C., que fueron cargadas las compras, disminuyendo su patrimonio; y al haber asumido el Banco de América Central, dicho importe, la entidad financiera es afectada en consecuencia en su patrimonio.

Otro de los elementos del tipo es el elemento subjetivo, el cual a consideración de esta Cámara concurre, pues con conocimiento y voluntad la imputada realizó la conducta típica, tan es así que sabía que su conducta era constitutiva de un delito, al retirarse del establecimiento de Súper Repuestos, al ver frustrado su objetivo, dejando la tarjeta clonada y su DUI.

Con base en lo anterior, contrario a lo afirmado por el sentenciador, esta Cámara considera que los elementos del tipo de Estafa Agravada, se configuran, por existir prueba indiciaria suficiente para establecerlos, y por

tanto es de recibo también el segundo motivo invocado por la representación fiscal.

Por todo lo anterior, al haberse determinado la existencia de los vicios alegados, genera la anulación total de la sentencia, y la necesidad que se realice una nueva vista pública como lo indica el art. 475 Pr.Pn.

Por lo tanto, a título de conclusión, lo sobresaliente de ambas resoluciones es que hacen referencia a la conducta típica de Estafa Agravada regulada en el artículo 216 numeral 5° del código penal, haciendo referencia a que dicho tipo penal engloba todos los casos en los que se realiza una transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de terceros; y que la manipulación tiene que ir dirigida a lograr interferir, en el sentido de alterar, el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos, de tal modo que se atribuyan indebidamente ingresos o bienes o servicios o se le anulen incorrectamente débitos o gastos. Esta manipulación equivale al engaño en el tipo básico y la interferencia equivale al acto de disposición y al perjuicio.

En relación a lo anterior es importante establecer que nuestra jurisprudencia se reconocen elementos específicos que constituyen el tipo penal de estafa, entorno a lo cual podemos citar:

Sentencia: C255-03, dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las nueve horas del día de marzo de dos mil cuatro; *“...Los elementos esenciales que se requieren para la existencia de la estafa como son el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio...La conducta engañosa de la señora Rosa María López de Mejía, fue bastante para producir un error en la compradora señora Ana Rodríguez Montalvo,*

quien dicho sea de paso es una persona de setenta años de edad, de oficios domésticos, por lo que su personalidad debe tenerse en consideración en lo relativo al error producido por el engaño.---El elemento de la disposición patrimonial produjo un perjuicio en el patrimonio de la señora Ana Rodríguez Montalvo, ya que entregó la cantidad de Trescientos Cincuenta y Ocho Mil Colones, como precio del bien objeto de la venta, cantidad ésta de la cual entregó al señor Osmin Mejía Cañas, la suma de Doscientos Cincuenta Mil Colones, y el resto a la señora López de Mejía, según consta en los recibos y escritura pública de compra venta agregados al proceso.--- Correlativamente a éste perjuicio patrimonial los señores Rosa María López de Mejía y Osmin Mejía Cañas, obtuvieron un provecho, provecho que fue la finalidad al cometerse el delito, dándose así el ánimo de lucro, por lo que se produjo además el dolo, dolo que se refería a los elementos objetivos es decir al engaño, al error, a la disposición patrimonial y al perjuicio causado...

²⁷⁴

Así, también, Sentencia Ref. P0103-69-00 Tribunal Tercero de Sentencia: San Salvador, a las veinte horas y treinta minutos del día doce de Junio de dos mil; *“...El Provecho Injusto. Esta circunstancia debe guardar conexión con el perjuicio patrimonial del afectado, en este caso la Administración Nacional de Acueductos y Alcantirillados, ya que el bien jurídico que se tutela es el patrimonio. El Ardid. Un elemento importante del tipo de Estafa lo constituye el ardid, en donde para que exista éste debe haber un despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de cierto sujeto pasivo una situación falsa como verdadera y determinante. Error. Consiste en una representación mental que no corresponde a la realidad, y este elemento del tipo objetivo va a tener*

²⁷⁴ Sentencia de Casación, Referencia: Numero C255-03 (El Salvador, Sala de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, 2004).

relevancia típica si es el resultado de una acción engañosa, en consecuencia, debió haber sido causado por el engaño y motivar la disposición patrimonial injusta y perjudicial, en síntesis, el error debe tener las condiciones de esencial y determinante. Animo de Lucro. El sujeto activo ejecuta su conducta, con la intención de obtener una ventaja patrimonial, es decir, con ánimo de lucro, sin lugar a dudas; entendiéndose que éste es un elemento subjetivo del autor, Bajo Fernández, lo define así: "Aquel que persigue la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico de tráfico..."²⁷⁵

En Sentencia Ref. 7C2014 se establecen que *"De ahí que del tipo penal del delito de Estafa, se deducen los elementos esenciales para la existencia del referido delito, siendo estos: a) El Engaño o Ardid o cualquier medio de sorprender la buena fe, ya que para que éste engaño se entienda configurado tiene que concurrir el elemento falsario, que altere la verdad, es decir, debe haber una intención de hacer aparecer a los ojos de la víctima, una situación falsa como verdadera; b) El Provecho Injusto. Esta circunstancia debe guardar conexión con el perjuicio patrimonial del afectado, ya que el bien jurídico que se tutela es el patrimonio; c) El Error, que consiste en una representación mental que no corresponde a la realidad, y este elemento del tipo objetivo va a tener relevancia típica si es el resultado de una acción engañosa, en consecuencia, debió haber sido causado por el engaño y motivar la disposición patrimonial injusta y perjudicial, en síntesis, el error debe tener las condiciones de esencial y determinante y d) Ánimo de Lucro. El sujeto activo ejecuta su conducta con la intención de obtener una*

²⁷⁵ Sentencia Definitiva, Referencia: número P0103-69-00 (El Salvador, Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, de la Corte Suprema de Justicia, 2000).

ventaja patrimonial; entendiéndose que éste es un elemento subjetivo del autor..."²⁷⁶

En sentencia Ref. 545-CAS-2008 se arguye "...Lo anterior, hace necesario recordar que doctrinariamente el delito de Estafa, es definido como la obtención de un provecho penal injusto mediante engaño que induce el error al que lo sufre y efectúa una prestación voluntaria de naturaleza patrimonial en beneficio del autor del engaño o de un tercero, siendo justamente del concepto que se extraen los elementos del tipo penal, como lo son el engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio, requiriéndose que entre el perjuicio y el engaño deba mediar una relación de causalidad, es decir, que de no haber existido el menoscabo patrimonial no hubiera ocurrido, consecuentemente, si ese "nexo causal" no se comprueba, el ilícito no se configura..."²⁷⁷

En vista de lo anterior sin lugar a dudas podemos establecer que en nuestra jurisprudencia reconoce como los elementos esenciales de la estafa los siguientes: 1) Ardid o Engaño, 2) Error en la víctima, 3) Acto de disposición Patrimonial, 4) Nexo Causal, 5) Existencia de un perjuicio Económico y 6) Animo de Lucro.

²⁷⁶ Sentencia, Referencia: 7C2014 (El Salvador, Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2015).

²⁷⁷ Sentencia, Referencia: 545-CAS-2008 (El Salvador, Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2011).

CAPITULO V

IMPLEMENTACION DE PROPUESTAS ENCAMINADAS A UNA EFICAZ PERSECUCIÓN PENAL CONTRA EL DELITO DE ESTAFA COMETIDA POR MEDIOS INFORMATICOS

El presente capitulo está enfocado principalmente en realizar una propuesta encaminada a una eficaz persecución penal contra el delito de estafa cometida por medios informáticos, donde se señalan cuales las deficiencias con que cuenta la policía nacional civil, fiscalía y jueces, para enfrentar las conductas defraudatorias cometidas por medios informáticos.

Mediante hallazgos encontrados en la Investigación que se ha realizado, se determinó obligatoria la capacitación de la Policía Nacional Civil, Fiscalía General de la Republica y jueces, para el mejoramiento de la persecución penal del delito de estafa cometida por medios informáticos, para mejorar desenvolvimiento de las instituciones antes mencionadas, lo que permitirá solucionar este problema, generando una planificación de estrategias a través de capacitaciones.

Se sabe que la educación es el pilar fundamental para el desarrollo de la sociedad en general, por lo tanto, se necesita que los funcionarios tengan el criterio de mejorar el sistema de justicia de El Salvador, amparados en los diferentes cuerpos normativos vigentes, en vista de ellos como resultado de la investigación que hemos realizado hemos visto la necesidad de realizar propuestas para mejorar persecución penal del delitos de estafa

cometida por medios informáticos, con la capacitación de todos los funcionarios, fiscales, policías y jueces para brindar una mejor aplicación de las normativas.

Otra propuesta, va encamina en la posibilidad de que El Salvador ratifique el Convenio sobre la Ciber-delincuencia de Budapest, en virtud de que en ella, se establecen las conductas que son consideradas como delitos informáticos, siendo catalogada, la estafa informática como uno de ellos, y permitiría una rápida y eficaz cooperación internacional en materia penal, para enfrentar la Ciberdelincuencia.

Asimismo es de considerar que para hacer efectiva una investigación derivadas del delito de estafa cuando es cometida por medios informáticos es necesario contar con instrumentos tecnológicos suficientemente desarrollados para poder detectar, las conductas defraudatorias concerniente al uso abusivo y lucrativo de la informática, ya que se puede presentar el caso que los Fiscales, Policías, Procuradores y Jueces, no estén lo suficientemente capacitados para enfrentar esta nueva delincuencia derivada del uso de las nuevas tecnologías; por lo que consideramos necesario que nuestro sistema penal cuente con los instrumentos jurídicos, herramientas tecnológicas necesarias, y personal altamente capacitado en materia de derecho informático, para enfrentar de manera más adecuada dicha problemática.

Por otra parte, si bien es cierto que en El Salvador actualmente cuenta con una Ley especial contra los delitos informáticos y conexos, y que en su artículo 10 desarrollo a la estafa informática, la misma presenta cierto obstáculo a nivel procedimental u operativos, ya que la Fiscalía General de

la Republica , Policía Nacional Civil, Corte Suprema de Justicia, no cuentan con los recursos necesarios para aplicar la ley, se conoce que la Policía Nacional Civil cuenta con una unidad de delitos informativos, sin embargo dicha unidad apenas cuenta con el personal idóneo para ejercer la actividades mínimas que exige la aplicación de la ley. Además, se conoce que dicha unidad no cuenta con los materiales y equipos adecuados para la incautación de evidencias digitales en escenas de crimen informáticos. Por lo que dicha ley se encuentra bastante cargada en lo punitivo, pero ausente de las principales herramientas para perseguir aquello que señala como castigo.

CONCLUSIONES

El uso de medios informáticos en el país juega un papel fundamental e imprescindible en la vida cotidiana de la población salvadoreña; pero si los mismos se utilizan para fines ilícitos, intentando vulnerar los sistemas informáticos para fines defraudatorios, es en ese aspecto donde debe intervenir el estado, y regular esas nuevas formas de criminalidad informática, realizando esfuerzos en conjunto con la Policía Nacional Civil, Fiscalía General de la República, y Órgano Judicial, a efecto de coadyuvar la disminución de los problemas que colman a este sector y que afectan a la población.

Es por ello que existe la necesidad inminente de crear nuevos cuerpos normativos que tipifiquen conductas por el uso ilícito de los sistemas informáticos con fines defraudatorios; en ese sentido en respuesta a ello, el Código Penal Salvadoreño en el artículo 216 numeral 5, regula al delito de estafa por medios informativos, teniendo como bien jurídico protegido el Patrimonio; con lo cual busca tutelar uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, establecidos en la Constitución Política de El Salvador, como lo es el derecho a la propiedad y posesión; pero con el afán de mejorar la tipificación y tratamiento de los delitos informáticos se creó una ley especial; tal como lo es la Ley Especial contra Delitos Informáticos y Conexos, que regula de manera específica a la Estafa informática.

En ese sentido al existir dos normativas que regulan a la Estafa por medios informáticos y a efectos de que no exista contradicción entre ambas, es necesario acudir al principio de integración de la norma jurídica, ya que ambas normativas están ligadas y se complementan, la primera proporcionando los elementos básicos de una Estafa, y la segunda

proporciona los elementos específicos que componen a una estafa informática; existiendo un gran avance a nivel legislativo, pero en la parte procedimental o de aplicación de la normativa, aun se carece de herramientas necesaria para combatir los delitos informáticos.

RECOMENDACIONES

Es necesario brindar a la población asesorías en temas de seguridad informática especialmente en 3 aspectos básicos consistentes en: “la autenticación” haciendo uso de claves secretas, huellas digitales, retina de ojo y la voz; “la confidencialidad” que permite mantener en secreto la información y solo los usuarios pueden manipularla; y por último la “integridad” que es de vital importancia ya que permite verificar que durante la transferencia de la red de la información no exista ninguna manipulación, aspectos básicos que garantizaran la protección de cuentas bancarias, datos personales y correos electrónicos, con la finalidad de evitar que se cometan estafas por medios informáticos.

Es fundamental que en El Salvador ratifique el Convenio sobre cibercriminalidad, conocido como el Convenio de Budapest, ya que es el primer tratado internacional que busca hacer frente a los delitos informáticos, mediante la armonización de leyes nacionales, la mejora de las técnicas de investigación y el aumento de la cooperación entre las naciones. Es esencial que se capaciten a Jueces, policía y fiscales, personal judicial, mediante una enseñanza integrada y multidisciplinaria capaz de dar las herramientas o mecanismos necesarios para el combate de delitos informáticos a través de seminarios y cursos participativos, el cual es competencia del Estado.

La Fiscalía General de la República debe contar con una unidad especializada de delitos informáticos, que se encargue de su investigación y persecución penal de los mismos, con cooperación de la Policía Nacional Civil.

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS

Arroyo de las Heras, Alfonso. Los delitos de estafa y falsedad documental, Barcelona. Ed. Bosch S.A., 2005

Bajo Fernández, Miguel; Mercedes Pérez Manzano, y Suárez González, Carlos, “Manual de derecho penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos”, Madrid: Centro de Estudio Ramón Areces, 1993.

Balmaceda Hoyos, Gustavo, “El delito de estafa informática”, (Santiago, Ed. Jurídicas de Santiago, 2009)

Bacigalupo Zapatero, Enrique, “Falsedad Documental, Estafa y Administración Desleal”, Marcial Pons, Ed. Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007.

Berdugo Gómez. Ignacio de la Torre, (et. al.) Curso de Derecho penal, Parte general, Ed. experiencia”, Barcelona, 2004.

Benítez Ortúzar, Ignacio, “Informática y delito”. Aspectos penales relacionados con las nuevas tecnologías, en Morillas Cueva, Lorenzo (directores), Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del Siglo XXI Madrid, Dykinson, 2009.

Binding, Karl. Libro de texto de derecho penal alemán común, Parte Especial, 1969.

Bustos Ramírez, J. Los Bienes Jurídicos Colectivos, Estudios de Derecho Penal en homenaje al Prof. L. Jiménez de Asua, Revista de la Facultad de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, n. 11, 1986.

Buompadre, Jorge Eduardo. Estafa y otras Defraudaciones, 1ª ed., Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis, 2005.

Busso, Ariel David. “El Crimen de Falso” en el derecho canónico, Anuario Argentino de Derecho Canónico Vol. XXI, 2015.

Camacho Losa, Luis, “El Delito Informático”, Madrid, España, 1987.

Candil Jiménez, Francisco. En torno al Fortum Possessionis. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 33, N. 2, 1980.

Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal” vol. VI, Buenos Aires: De palma, 1966.

Castillo González, Francisco. “El delito de estafa”, 2^{da} ed. San José, Costa Rica: Ed. Jurídica Continental, 2013.

Casabona, Romeo Carlos María, “Poder informático y Seguridad jurídica” 1987.

Castrillo, Urbano. Infracciones patrimoniales por medios informáticos y contra la información, como bien económico, Cuaderno de derecho judicial. No 3, 2006.

Cezero, Mir J. Curso de Derecho Penal Español, Parte General. Teoría jurídica del delito, Ed. tecnos, Madrid, 2001.

Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, “Estafas”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

Choclán Montalvo, J.A., “Fraude informático y estafa por computación”, en Internet y Derecho penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2001.

Conrado A., Finzi. La Estafa y otras defraudaciones según las enseñanzas de Tolomei y los Códigos Penales Italianos, Argentino y Alemán en vigor, en su doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires: De palma, 1961.

Córdoba Roda, Juan y Mercedes, Arán Garcia, Comentarios al Código Penal, parte especial, Tomo I, Madrid-Barcelona, Ed. Aranzadi, 2004.

Donna, Alberto. “Derecho Penal parte Especia I”, Tomo II-B, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007.

Etcheberry, A. Derecho penal, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

Faraldo Cabana, P. Los conceptos de manipulación informática y artificio semejante en el delito de estafa informática”, en Eguzkillore, núm. 21, 2007.

Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal (Parte Especial, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina).

Galán Muñoz, Alfonso, “El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos, análisis de artículo 248.2”,

Gonzales Rus, Juan José. Los intereses económicos de los consumidores, protección penal, Instituto Nacional del Consumo, Madrid.

Gutiérrez Francés, María Luz. Fraude Informático y Estafa”, Madrid, 1991.

Hernández León, Luis. “Los delitos informáticos en el nuevo Código Penal de la Republica de Nicaragua”, (Leon, Nicaragua, Mayo, 2009).

Herrero Herrero, César, “Infracciones Penales Patrimoniales, España.

Huerta Miranda, Marcelo, y Líbano Manzur, Claudio, Los Delitos Informáticos, Ed. Jurídica Cono Sur, América del Sur.

Huerta Tocildo, Susana. Protección penal del patrimonio inmobiliario”, 35, citado por Romero, Gladys, Delito de estafa, 2ª. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1998.

Jescheck, H. H., Tratado de Derecho penal, parte General, trad. Y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, vol. I, Barcelona: Bosch 1981.

Kindhäuser, Urs, “§ 263a”, (en Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nomos, Baden Baden, 2005.

Llinares, F. Miró. La Respuesta Penal al Ciberfraude. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

Marzal del Toro, Alejandro. Premeditación y Dolo en el Derecho Romano, Germánico-Romano y Eclesiástico.

Maza Martin, José Manuel, “Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad Criminal”, (2007)

Mata, R. M. y Martín, Algunas consideraciones sobre informática y Derecho penal. (El caso de la estafa informática, en Documentos Penales y Criminológicos, vol. 1, 2001) 48 y ss.

Magliona Markovicth, Claudio Paúl, Macarena López Medel, “Delincuencia y Fraude Informático”, Ed. Jurídica de Chile. 1999.

Mendoza, José Rafael, curso de derecho penal venezolano, delitos contra la propiedad, tomo V, Caracas, 1956.

Mendoza Flores, C.M., Casabona, Romeo, “Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica”. (Granada: Ed. Comares, 2013

Mentxaka Elexpe, Rosa. Significado de El “estelionato”: Stellionatus”, Bullettinodell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja", Roma: Volumen No. XXX 1988.

Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, 2^{da} ed. (Tirant lo Blanch, Valencia: 1989

Oliva García. Horacio, la estafa procesal, 2^oed, Ed. Barro, Madrid, 1974.

Oneca, Antón. Las estafas y otros engaños, en el Código Penal y en la Jurisprudencia, artículo publicado en el tomo IX de la Nueva Enciclopedia Jurídica, (Barcelona, editorial Francisco Seix, S.A., 1957.

Pérez Manzano, M., “Compendio de Derecho Penal”, parte especial, vol.II, Ceura, Madrid, 1998.

Rodríguez Ruiz, Napoleón, Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas; 1ª ed.; Ed Universitaria; San Salvador.

Theodor Mommsen, Christian Matthias, “Derecho penal romano”, (Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1991).

Tejera, Diego Vicente: La Estafa, en la Historia, en el Derecho Comparado, en el Código de 1879, en la Jurisprudencia, en el Código de Defensa Social y en el Código de Represión Criminal, 1ºed., 1937.

Téllez Valdés, Julio. Los Delitos informáticos. Situación en México, Informática y Derecho N° 9, 10 y 11, UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1996.

Trejo Escobar, Miguel Alberto; Derecho Penal Salvadoreño Vigente. Antecedentes y movimientos de Reforma; 1ª ed.; (Ed San Salvador; Talleres Gráficos UCA; 1995)

Téllez Valdés, Julio. Los Delitos informáticos. Situación en México, Informática y Derecho N° 9, 10 y 11, UNED, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1996.

Valle Muñiz, José Manuel, El Delito de estafa y su Delimitación Jurídico Penal con el Fraude Civil, Barcelona, Bosch, 1987.

Weber, “Straftrecht. Besonderer Teil, Lehrbuch”, Ernst und WernerGiesecking, Bielefeld, 2000.

Zamora Pierce, Jesús. El Fraude, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1991.

TESIS

Reyes Mónico, Carlos Humberto. “Estelionato”, Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1980.

Vanegas Arias, Claudia Rubenia. El delito de estafa en la legislación penal salvadoreña, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Noviembre, 2005.

LEYES

Constitución de la República de El Salvador de 1983, decreto N. 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, Diario Oficial 234, tomo 281, publicado en el Diario Oficial el día 16 de diciembre de 1983.

Código Penal Salvadoreño de 1826, decretado el 13 de Abril de 1826, el cual fue elaborado sobre la base del Código Penal español de 1822.

Código Penal Salvadoreño de 1859, fue elaborado en razón de los parámetros del código penal español de 1848; promulgado en el mes de Septiembre de 1859.

Código Penal Salvadoreño de 1881, creado por decreto legislativo de fecha 19 de Diciembre de 1881, publicado el día 20 de diciembre del mismo año en el Diario Oficial número 295 del Tomo II.

Código Penal de 1904, creado por decreto Legislativo de 8 de abril de 1904, publicado en el Diario Oficial número 236 Tomo 57, de fecha 10 de octubre de 1904.

Código Penal de 1974 fue creado mediante Decreto N° 270, de fecha 13 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial de número 63, Tomo 238 de fecha 13 de Marzo del mismo año, entro en vigencia el 15 de junio de 1974.

Código Penal de 1998, aprobado por decreto legislativo número 1030 de fecha 26 de Abril del año de 1997, publicado en el Diario Oficial N° 85, tomo N° 335 de fecha 13 de mayo de 1997, y entro en vigencia el 20 de abril de 1998.

Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, emitida por D.L. N1 551, del 20 de septiembre de 2001, publicada en D.O. N1 204, T. 353, 29 de octubre de 2001.

Ley Especial Contra Los Delitos Informáticos y Conexos, creada según Decreto legislativo 260, aprobado el 04 de febrero de 2016, D.O. núm., 40, Tomo, 410, de fecha 26 de febrero de 2016.

Ley de Integración Monetaria, D.L. N° 201, del 30 de noviembre de 2000, publicado en el D.O. N° 241, Tomo 349, del 22 de diciembre de 2000.

JURISPRUDENCIA

Sentencia. Sala de lo Penal, referencia 545-CAS-2008, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Sentencia. Sala de lo Penal, referencia 314-CAS-2004. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005.

Sentencia. Cámara de la Tercera Sección de Occidente, referencia APND-01-05-15. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015

Sentencia. Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, referencia Inc-180-14. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Sentencia. Cámara de la Tercera Sección de Occidente, referencia APND-01-05-15. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sentencia. Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, referencia 305-2015. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sentencia. Tribunal de Sentencia de San Francisco Gotera, referencia P1201-64-2005. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005

Sentencia. Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, referencia P0131-63-2008. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008.

Sentencia. Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, referencia P1301-36-2003. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003.

Sentencia. Tribunal de Sentencia San Francisco Gotera, referencia P1201-44-2007. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sentencia. Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, referencia P0131-63-2008. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008.

Sentencia. Tribunal Quinto de Sentencia, referencia P0141-44-2009. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sentencia. Tribunal Tercero de Sentencia, referencia P0103-121-2000 El Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2000.

Sentencia. Tribunal Cuarto de Sentencia, referencia 280-2-09. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

REVISTAS

Fernández Teruelo Javier Gustavo, “Respuesta Penal Frente a Fraudes Cometidos en Internet: Estafa, Estafa Informática y los Nudos de La Red”, Revista De Derecho Penal y Criminología, 2.a Época, n. 19, 2007.

Maldonado, Carolina, La responsabilidad civil de los prestadores de servicios en la sociedad de la información en Revista de Contratación Electrónica, 115 2011.

Morón Lerma, E Y Rodríguez Puerta, M, Traducción y breve comentario del Convenio sobre Cibercriminalidad, en Revista de derecho y proceso penal, nº 7, 2002.

Moncayo Socorro Rodríguez: “El delito de falsedad en el Derecho Romano”, Revista Letras jurídicas, No. 2 julio-diciembre 2000.

Zieschang, Frank, “La protección de la propiedad a través del delito de estafa”: trad. de Maximiliano D. Vaccalluzzo, Revista de Derecho Penal, Santa Fe, n. 2000-1, 2000.

DICCIONARIO

W. Rodríguez, Agustín; Galetta de Rodríguez, Beatriz, *Diccionario Latín Jurídico, Locuciones latinas de aplicación jurídica actual*, Ed. García Alonso, (Buenos Aires, 2008).

PAGINAS WEB

Código Penal Internacional contra delitos informáticos, consultado en: <http://catherinpacheco01.blogspot.com/2014/11/legislacion-informatica-de-estado-unidos.html>.

Boletín Informático 10-19. Delitos Informáticos.com, consultado en: http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/delitos-informaticos-Tratamiento-internacional_0_2450155056.html

García García-Cervigón, Josefina El fraude informático en España e Italia. Tratamiento jurídico-penal y criminológico, consultada en: <file:/C:/Users/JC/Downloads/357-1190-1-PB.pdf>.

Noelia García, Especialista en Derecho Informático; consultada en: <http://www.delitosinformaticos.com/estafas/delito.shtml>.

García García-Cervigón, Josefina El fraude informático en España e Italia. Tratamiento jurídico-penal y criminológico, consultada en: <file:/C:/Users/JC/Downloads/357-1190-1-PB.pdf>

González Domínguez, María del Refugio: “Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca en el derecho romano”, Boletín Mexicano de Derecho

Comparado, No. 40 enero-abril (1981): sección antecedentes y evolución del pignus, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/40/art/art5.pdf>.

Ramírez Bejerano y Rodríguez Aguilera, Los delitos informáticos, Tratamiento Internacional, en Contribución a las Ciencias Sociales, mayo 2009, consultado en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/04/rbar2.htm>.

<https://adalidmedrano.com/convenio-ciberdelincuencia-budapest/2017/>.

Santiago Acurio del Pino, Delitos informaticos, Generalidades, http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf

<https://www.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol142/>.

<http://www.mailxmail.com/curso/informatica/delitosinformaticos/capitulo12.htm>

https://www.google.com/sv/search?q=traductor+de+ingles+a+espa%C3%B1ol&rlz=1C1NHXL_esSV792SV792&oq=traductor&aqs=chrome.2.69i57j69i61j69i59j0l3.3790j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Tiedemann, K., Wirtschaftsbetrug: Sondertatbestände bei Kapitalanlage und Betriebskredit, Subventionen, Transport und Sachversicherung, EDV und Telekommunikation; Erweiterte und aktualisierte Sonderausgabe der 11. Auflage des Leipziger Kommentar; W. De G.. Berlin, 1999.

Usuario que participa en una red de phishing, incluso sin ser consciente de su colaboración en un delito. <https://www.zorraquino.com/diccionario/internet/cibermula.html>.