



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:
LA ESTAFA MASIVA EN EL ECUADOR**

**AUTORA:
VERDUGA PALENCIA, DANIELA**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**

**TUTORA:
PALENCIA NÚÑEZ, MÓNICA ROSA IRENE**

**Guayaquil, Ecuador
02 de marzo de 2017**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **VERDUGA PALENCIA, DANIELA** como requerimiento para la obtención del Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA.**

TUTORA

f. _____
PALENCIA NÚÑEZ, MÓNICA ROSA IRENE

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____
VERDUGA PALENCIA, DANIELA

Guayaquil, a los 02 días del mes de Marzo del año 2017



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Verduga Palencia, Daniela**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **LA ESTAFA MASIVA EN EL ECUADOR** previo a la obtención del Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 02 días del mes de marzo del año 2017

LA AUTORA

f. _____

Verduga Palencia, Daniela



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Verduga Palencia, Daniela**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **LA ESTAFA MASIVA EN EL ECUADOR**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 02 días del mes de marzo del año 2017

LA AUTORA:

f. _____
Verduga Palencia, Daniela

REPORTE URKUND

| URKUND | | Lista de fuentes | Bloques |
|---|---|-----------------------------|---|
| Documento | VERDUGA, DANIELA. FINAL.doc (D26161053) | | |
| Presentado | 2017-03-04 07:10 (-05:00) | | |
| Presentado por | maritzareynosodewright@gmail.com | | |
| Recibido | maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com | | |
| Mensaje | Daniela Verduga Mostrar el mensaje completo | | |
| 1% de esta aprox. 23 páginas de documentos largos se componen de texto presente en 2 fuentes. | | | |
| | | Categoría | Enlace/nombre de archivo |
| | | | http://dx.doi.org/10.4067/s0718-68512013000200006 |
| | | | http://master.us.es/cuadernosmaster/9.pdf |
| | | Fuentes alternativas | |
| | | | La fuente no se usa |

TUTORA

f. _____

Palencia Núñez, Mónica Rosa Irene

AUTORA

f. _____

Verduga Palencia, Daniela

AGRADECIMIENTOS

Mi gratitud especial a mi tutora, Mónica Palencia Núñez, por aceptarme como pupila y haberme dado la oportunidad de adquirir entusiasmo por la exploración del conocimiento. Admiro su empuje y nobleza. Usted representa una vara muy alta.

Agradezco a mis hermanos, mi gran apoyo y aterrizaje, a Francisco Huerta y a mi familia "extendida", también por su apoyo.

Agradezco a mis profesores, algunos de los cuales me han honrado con su amistad y otros cuya huella ha bastado para que estén representados en esta sección. Quisiera hacer mención expresa de la Dra. Marena Briones Velastegui, la Dra. María Isabel Nuques Martínez y la Dra. Gloria Lecaro de Crespo, a lo mejor por afinidades del alma, pero no limitada a ello: su aporte ha sido de índole humana y académica.

Agradezco al personal administrativo de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil (tanto de la carrera de Derecho como del Decanato) quienes siempre fueron un soporte. Agradezco a mis amigos "de las aulas" y del Chevrolet Spark (en el caso de la Mención Penal), con cariño por los sueños y luchas compartidos, y quienes también han sido un apoyo invaluable (inmonetizable e intangible, como el Yasuní ☺).

En este espacio pequeño, pero en lo más alto que se pueda, quisiera agradecer a Dios, por su infinita compasión y la bendición de mis padres, quienes con su cariño, apoyo e inmerecido esfuerzo me han dejado en claro que: "no se puede comprar un espíritu de lucha"¹

¹ Heinlein, R. (1987) Stormship Troopers (1959). Nueva York, Ace Books (por si acaso...)

DEDICATORIA

A Dios, por las segundas oportunidades.

A mi familia, por su certero aguante y apoyo.

A mi madre, amada maestra de aprendizajes invisibles,
y a mi padre, Ramón Arturo Verduga Álvarez, en cuyo recuerdo yace mi más
grande patrimonio.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

MÓNICA ROSA IRENE PALENCIA NÚÑEZ
TUTORA

f. _____

JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO/MARÍA ISABEL LYNCH DE NATH
DECANO O DIRECTORA DE CARRERA

f. _____

MARITZA REYNOSO GAUTE DE WRIGHT
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE B-2016
Fecha: Marzo 02 2017

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado “*La Estafa Masiva en el Ecuador*”, elaborado por la estudiante **DANIELA VERDUGA PALENCIA**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicha estudiante ha obtenido la calificación de **DIEZ SOBRE DIEZ (10/10)** lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

Palencia Núñez, Mónica Rosa Irene

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 12 |
| DESARROLLO | 14 |
| 1.1 Del fraude colectivo a la estafa masiva, pasando por el concurso de estafas. | 14 |
| 1.2 La Estafa Masiva y el delito continuado. | 18 |
| 1.3 La Estafa Masiva como delito patrimonial y económico | 24 |
| 1.4 El fenómeno del fraude colectivo en la región y el Concurso Real de Infracciones..... | 27 |
| 1.5 De los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Estafa Masiva en el Ecuador..... | 30 |
| CONCLUSIONES | 34 |
| REFERENCIAS | 35 |

RESUMEN (ABSTRACT)

Previo a la aprobación del Código Integral Penal vigente en el Ecuador desde el 2014, no existía la figura de Estafa Masiva como modalidad del tipo penal Estafa en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. En el presente trabajo se ha investigado su existencia como fenómeno social y estudio desde la Sociología y Criminología, el tipo de delito de acuerdo a la dogmática y doctrina jurídico penales y su tratamiento antes y después de la vigencia del Código Integral Penal, dado que se daba "solución" en la práctica, penalizando la actuación por la vía del Concurso Real de Infracciones. Si bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio, pero ello no obsta de que existan bases para considerar a la economía como bien en riesgo, cuando es masiva.

Palabras Claves: *estafa masiva, delito continuado, delito masa, concurso real infracciones, Ecuador*

Before the passing of our current Ecuadorian Integrative Criminal Code in 2014, there wasn't 'massive fraud' as a modality of Fraud in our Ecuadorian legislation. In this work, the existence of fraud as a social phenomenon and its treatment by both Sociology and Criminology has been investigated, along with the nature of this penal type according to criminal law dogmatic teachings and doctrine, especially since, before the passing of our current Criminal Code, the "solution" was to apply sanctions as the combination of criminal offenses, instead of a whole sanctioned act. While fraud seeks to protect the patrimony (understood not only as accounting assets but as juridical good), it could also be argued that 'massive fraud' seeks to protect not only individual legal interests, but the economy as a whole.

Keywords: *fraud, massive, economic criminal law, continuing offence, Ecuador*

INTRODUCCIÓN

Por medio del presente trabajo se presenta la síntesis de una investigación socio jurídica en torno al tema del delito de Estafa Masiva; esto es, tanto en su comprensión de fenómeno social, como en su configuración como tipo penal.

A partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal² en el Ecuador, este tipo ha tenido una solución legislativa a través del delito masa, cuando lo que acontecía era la penalización de conductas delictuales enmarcadas en la Estafa Masiva, a través de la figura denominada "Concurso Real de Infracciones" (artículos 563 y 81.1 del Código Penal de 1971), mas su conformación como tipo penal, que es una modalidad específica dentro del genérico de la Estafa como típico delito doloso de contenido patrimonial, surge como novedad introducida por el Código Orgánico Integral Penal de 2014, y por ello, y dado su vinculación en el ejercicio de la actividad judicial, con el delito continuado, merece especial atención la comprensión no solo del fenómeno social en crecimiento, sino, y de manera especial, la comprensión de todos y cada uno de los elementos del tipo penal. He ahí el interés por el tema, toda vez que se ha podido constatar la conflictividad –en términos académicos- generada entre estudiosos del derecho penal, a partir de que los operadores de justicia en el Ecuador han encontrado como solución al juzgamiento de diversas estafas denunciadas, la fórmula del delito continuado.

El delito continuado –existente en la doctrina y no en el histórico legal del Ecuador- y que aparece en texto legal mencionado, exclusivamente en relación al tema de prescripción³, ha sido utilizado para penalizar como de una única resolución delictiva, delitos de estafa mencionados como de estafa

² Publicado en el Registro Oficial Suplemento, número 180, de lunes 10 de febrero de 2014

³ Artículo 417 3 c), del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

masiva desde el dictamen fiscal, pero imputados en sede judicial como delito continuado.⁴ Es entonces que uno de los temas que surgen como de necesario planteamiento, es el de la posibilidad de aplicar doctrina – permitido ello a la luz del artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial- en asunto penal, y cuando ello es factible sin violentar las reglas de interpretación establecidas en el artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal.

La presente tesis ha tenido como problema científico básico el captar cómo, a pesar de que el tipo penal de estafa masiva está particularizado, tipificado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, ha sido posible vincularlo al delito continuado y cómo siendo el penal un derecho de *última ratio*, se admite su utilización como medida de presión para fines de cobro de deuda civiles. Además, se tocará el tema relacionado con la prueba del dolo, ya que es uno de los asuntos más delicados en la problemática de la aplicación del derecho a los casos concretos, pues forma parte del nivel subjetivo que en principio debe estar presente en todos los tipos penales de estafa, conjuntamente con el propósito o finalidad, el “*absichtstatbestand*” del que hablaba Vogel al referir los tipos penales de propósito o finalidad.⁵

Por ello, la lectora o lector encontrará a continuación el resultado de un estudio exploratorio sobre el tema, con la toma de postura de la autora de esta investigación, marcando los desafíos que a nivel de conocimiento e investigación se tendrían para futuros estudios ecuatorianos, así como realizando reflexiones sobre los elementos del tipo penal de que se trata.

⁴ Tal es la situación del caso denominado “Terrabienes” en donde la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, Sala Especializada de lo Penal, ratificó una sentencia condenatoria dictada en contra del Presidente Ejecutivo de la empresa, a partir de múltiples denuncias y encerrándolas en una sola resolución criminal, bajo el argumento de que el delito continuado inclusive era más beneficioso al imputado. Véase Juicio Especial por Estafa Masiva No. 09288-2015-01090G.

⁵ Cit. Por **AMBOS, KAI**, *Internacionalización del derecho penal: el ejemplo del “lavado de dinero”*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 17.

DESARROLLO

1.1 Del fraude colectivo a la estafa masiva, pasando por el concurso de estafas.

El inicio del periodo de la Revolución Industrial en el siglo XIX, y la conclusión de ésta en el XX, no fue sino un lapso en el que, como en muchos otros de la Historia, no se hizo un enfoque especial desde la Sociología, al fenómeno del delito. En esta época pasó lo que en muchas otras, que “en el desarrollo de la Teoría Sociológica, en sus casi dos siglos de existencia, las conductas delictivas no han sido consideradas como un fenómeno relevante de la realidad social” (Pegoraro, 2002).⁶

La Teoría Sociológica, que da sustento a la Sociología y a la Antropología moderna a partir de postulados de Karl Marx, Emile Durkheim y Max Weber, no dio bases para el estudio de la conducta en donde el sujeto pasivo planeado como tal, del delito, fuere un colectivo; esto es, no tuvo la mirada puesta en el que la elucubración del delito se diera representando a los perjudicados necesariamente, en plural.⁷

⁶ PEGORARO, JUAN, S. “Teoría sociológica y delito organizado”. Encrucijadas No. 19, mayo, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2002, s/p.

⁷ Ello cobra importancia, pues se entiende y explica la razón por la cual no hubo análisis sociológicos del delito con colectivo como sujeto pasivo de la infracción penal, buscado por el delincuente, pues cabe recordar, incluso, que es Merton quien llega a “descubrir” que tras las funciones explícitas o manifiestas hay otras latentes y pone de manifiesto que por ejemplo, tras la danza a los dioses para que venga la lluvia, cuya función sería el lograr que llueva, se producen otras situaciones no buscadas, como fomentar el ente colectivo. Ello se resalta para que quede claro que en un primer momento, la proyección de lo colectivo en el actuar delictivo, no tuvo sitio en los estudios sociológicos. Merton resalta la importancia de la Teoría de Grupo de Papeles, y que se basa en que un mismo individuo al cumplir varios roles, funciona evitando en cada uno, el máximo del conflicto social, con la tendencia de regularizar su conducta al mínimo de impacto de reproche, véase **MERTON, ROBERT**, “The socialcultural environment and anomie”, *New Perspective for Research on Juvenile Delinquency*, Informe de la conferencia sobre la importancia de las interrelaciones de ciertos conceptos de la sociología y la psiquiatría en la delincuencia, de 6 y 7 de mayo de 1955. Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, editado por Helen L. Witmer y Ruth Kotinsky, Washington, D.C., 1956, pp. 24-50.

Explica Pegoraro cómo uno de los más importantes sociólogos, Max Weber, dio énfasis a lo relativo al delito y las relaciones sociales, en la tipología de la acción social, esencialmente referida a fines y valores, pero no a analizar la conducta que con regularidad es orientada a la violación de la norma legal.

En los estudios de Criminología, se pone de manifiesto a la Escuela de Chicago, principalmente en cuanto a su aporte al análisis del llamado “delito de cuello blanco” o “*white collar crime*”, cuya característica es que los sujetos activos de la infracción penal, esto es, las personas con conducta antijurídica y culpable, pertenezcan a los altos estratos sociales, generalmente con capital económico y relacional.⁸ Su caracterización a mediados del siglo pasado marca el hito del estudio de la actividad delictiva que pasa de la muscular, física y pasional, a la de elaboración intelectual, con planificación, “a sabiendas de” la actividad delictiva, y obviamente, de carácter doloso o intencional.⁹ Con los cambios o sofisticación de las acciones y omisiones delictivas, se dan también los cambios en las consideraciones sobre la causalidad en materia penal, llegando incluso a considerarse como criterios para imputar por culpa, la acciones que de manera directa hayan llevado a la pérdida de probabilidades de evitar un resultado dañino¹⁰ y a dividir los estudios sobre el sujeto actuante como hombre de atrás (autor intelectual o

⁹ Al respecto, el tratadista ecuatoriano, profesor Alfonso Zambrano Pasquel, afirma que los delitos del tipo fraude colectivo y otros de contenido económico, en donde esté presente la “institucionalidad” o sean referidos a personas jurídicas, suelen quedar en la impunidad por el poder de quienes están insertos en la trama delictiva, así como también por el hecho de que no se capta ni se acepta el que las personas jurídicas (cuya participación como organización beneficiada suele estar presente) puedan ser penalizadas. Explica Zambrano Pasquel que lo que debe de entenderse es que son sus miembros quienes deben de responder por los actos (conductas) que realizan y captarse las razones de política criminal que justifican la presencia de sanciones económicas y societales, a las personas jurídicas. Resalta asimismo la figura de Sutherland, como autor del llamado delito de cuello blanco. Vid., **ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO**, “*El delito de cuello blanco*”. Localizable en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/delitocuelloblanco_azp.pdf Documento recuperado el 12/02/2017, a las 19h14. Vid., **SUTHERLAND, EDWIN**, *El delito de cuello blanco*, Edit., La Piqueta, Madrid, 1999, p. 277, en donde Sutherland resalta que por asociación, los individuos definen como favorable una conducta y la aceptan si se encuentran en aislamiento con respecto a quienes la rechazan.

¹⁰ Vid., **PREVOT, JUAN MANUEL**, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, diciembre de 2010, pp. 143-178.

mediato), de los referidos a la acción del ejecutor (el llamado “hombre de paja”).¹¹

La Criminología ha abordado el tema del delito desde la llamada “desviación” y la patología social, y hasta –inclusive- desde el rechazo al Derecho Penal, no considerándolo un freno al poder punitivo del Estado, sino un aliado poderoso inclusive, para conservar privilegios de una clase dominante o complaciente, excluyendo del conglomerado social libre, a quien estorba, perturba o amenaza la continuidad del sistema de mando.¹² Por ello no es de extrañar que se halle ausente en el pensamiento de los grandes sociólogos, las consideraciones de los delitos en cuya fórmula de acto se encuentre la vinculación delictual de daño social relevante; como cuando acontece con un fraude colectivo o bien, con una estafa masiva.¹³

Esto es, siendo que con el nombre de delitos de cuello blanco se ha venido abarcando de manera genérica a la actividad delictiva financiera y económica, en donde el sujeto activo rompe la regla del individuo tipo que ingresa a la población carcelaria, también inclusive, a su opuesto arquetipo¹⁴

¹¹ Desde Latinoamérica, existe un aporte sistematizador en el tema de la causalidad, efectuado por **ROSALES ARTICA, DAVID**, *La coautoría en el derecho penal: ¿es cómplice primario un coautor?*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012. En especial, en cuanto relata los diversos criterios para establecer la autoría (reconociendo los propios para establecer la autoría mediata) y como de la llamada causalidad adecuada, se llegó a considerar un nexo más allá del natural, a partir de la probabilidad objetiva (y que en el Ecuador ha dado lugar a generar el contenido del llamado deber objetivo de cuidado). Llama la atención como Rosales resalta que es base contemporánea de imputación: la capacidad de organización, el deber de proteger el bien y la responsabilidad por las consecuencias, pp.122-125.

¹² Con respecto al proceso de selección de la población criminal, desacreditando el principio de culpabilidad y el funcionamiento del Derecho Penal, véase **BARATTA, ALESSANDRO**, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, editores. Buenos Aires, 2002, quien habla del jurista sociológicamente desinformado y al servicio del sistema. p. 159.

¹³ Vid., **NISBERT, ROBERT**, *La formulación del pensamiento sociológico*, Amorrortu, Buenos Aires, 1974, quien trata de los grandes fenómenos de las relaciones humanas, como las vinculaciones de autoridad o poder, pero no trata de las delictivas.

¹⁴ Como en los casos de Inés Socorro Vallejo de Arcila, quien captaba el dinero de los habitantes de la Concordia, Departamento de Antioquia (Colombia), “ellos caminan y voltean por la plaza con las letras en la mano, preguntando si es verdad que lo perdieron todo , según relató la directora de la Casa de la Cultura (...) De hecho, casi nadie puede creer que la amable y servicial señora a la que confían sus dineros durante los últimos 17 años los haya estafado y confían en que pronto tendrán noticias de ella.” (Nullvalue. (17 de noviembre de 1995). Quebró al pueblo y huyó. El Tiempo. Recuperado de

y toda vez que no han sido las características del sujeto pasivo, las relevantes en los estudios ni sociológicos ni criminológicos, es dable sostener el vacío y la razón de ser de tal vacío, en los estudios del fenómeno social. Cabe indicar que en un atributo indispensable en el perfil del delincuente de cuello blanco descrito por Sutherland, se encontraba el concepto de “respetabilidad social”, el cual ya no es –a lo mejor por el avance de la tecnología y la apertura a mercados globales que han despersonalizado a los negocios y sus agentes- un atributo natural ni necesario para este tipo de sujeto delictivo.¹⁵

Un gran genérico y que incluye a la llamada “estafa masiva”, aparece en el fraude colectivo, el que, a juicio de Sainz Cantero (s/f., p. 650) cubre diversas formas de puesta en escena, con la característica de que la actividad es pensada para lograr que un colectivo, la masa como unidad, caiga en un error que provoque un acto de disposición patrimonial. Así como a la post-industrialización de la producción llegó una etapa de flexibilización laboral sin desatender la idea de la masificación del producto, a la actividad criminal creciente al lado del sistema capitalista, le llegó la idea de la producción del resultado masivo, de alto impacto; la tecnificación del “saber-hacer” delictivo, buscando el error y a partir de éste, la generación de un resultado material lesivo.

Uno de los aspectos interesantes con respecto al delito de Estafa y su perpetración es que, a pesar de que la “fachada” (el negocio aparente) suele repetir los mismos patrones (el retorno de la inversión a un alto

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-456972>) En el artículo citado se da un estimado del perjuicio de más de un millar de pesos colombianos, o lo que equivaldría a un \$1'580.602,84 dólares estadounidenses en esa época (“Dólar Histórico del Año 1992 en Colombia”, 2017); también se podría mencionar el caso de Gilberte Van Herpe, una septuagenaria ciudadana francesa y la principal imputada dentro del caso conocido como “Estafa de los Quesitos Mágicos” que perjudicó a más de 5000 personas en Chile solamente (fue llevada a cabo en varios países como Perú y Francia), a través de una estafa piramidal por la venta de productos lácteos para su supuesta venta a la industria cosmética francesa (Agencia Efe. (7 de julio de 2015). Estafa de los quesitos. “Madame Gil” fue condenada a seis años de cárcel. Cooperativa. Recuperado de <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/estafa-quesitos/estafa-de-los-quesitos-madame-gil-fue-condenada-a-seis-anos-de-carcel/2015-07-07/110727.html>).

¹⁵ Véase **MAYER, LAURA Y FERNANDES, INÉS** LA ESTAFA COMO DELITO ECONÓMICO, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI (Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre) pp. 183 – 209.

porcentaje, el ascender de "categoría" como cliente o inversor si se logra captar más clientes), que harían sospechosa dicha actividad (y por lo tanto, dentro de un mundo ideal, la activación de alguna medida de cautela entre los inversores), se establezca complejas sinergias entre el sujeto activo y las potenciales "víctimas", pues parecería ser que éstas se convierten en activas colaboradoras de la pérdida de su patrimonio, en creadoras de la ilusión de rentabilidad infinita, pues son los clientes/víctimas quienes, en muchos de los casos, actúan de manera arriesgada y se convierten en impulsoras de la actividad penal. Es decir, más allá de la intención del sujeto actuante de quedarse con el patrimonio ajeno o bien, ante la imposibilidad real de cumplimiento contractual, el cliente/víctima asume una posición ganadora, que asigna el resultado del riesgo al sujeto actuante en su totalidad, cuando el sujeto cuyo patrimonio fue perjudicado asumió una posición poco responsable y cautelosa con respecto a sus bienes (autorresponsabilidad de la víctima). Choclán Montalvo (2009, p, 110-115).

1.2 La Estafa Masiva y el delito continuado.

La construcción "delito continuado" de origen europeo, ha sido invocada recientemente por la Corte Provincial de Justicia del Guayas para dar fundamento a la aplicación del Código Orgánico Integral Penal, que contempla el tipo penal de Estafa Masiva, a hechos que se cometieron antes de la vigencia de tal cuerpo legal –en época en que se tipificaba otro delito, el de Estafa, en caso que ha sido referido en la Introducción de este trabajo de investigación, con diversos elementos del tipo- y que, a dicho de los juzgadores, siguieron siendo cometidos con respecto a diversas víctimas durante la vigencia del actual ordenamiento. El tipo penal vigente hasta el 10 de agosto de 2014, no tenía como elemento objetivo del tipo la existencia de dos o más perjudicados y por ello la existencia de acciones plurales se resolvía a través de la figura de la concurrencia de infracciones.

La pena que establece el ordenamiento vigente para el delito de Estafa es mayor que la que establecía para el delito de estafa el anterior Código Penal,¹⁶ por lo que se hace necesario determinar los antecedentes, contenidos y límites de la institución del “delito continuado”, sus llamados presupuestos teóricos y filosóficos, pues se lo ha invocado para aplicar un tipo penal de pena más grave y con la pretensión de que comprenda hechos cometidos fuera de la vigencia de la actual legislación penal; esto es, por hechos anteriores, a pesar de que la razón de nacimiento del llamado “delito continuado”, desde su origen, fue el atenuar la pena para casos de comisión de un tercer delito, y que el problema del concurso de delitos en el caso de la Estafa, el legislador la resolvió entendiendo que era, asimismo, un problema de concurso de penas, e introdujo un único tipo penal, y penas con máximo superior a la de la Estafa anteriormente considerada. La visión del problema, como de ámbito de concurso de penas, fue anunciada por Maggiore (1954, p.295).

Aunque se admitiere cambio en el fin –de atenuar a agravar-, el hecho de aplicar ley no vigente al tiempo de ideación, planeación y consumación, contraviene el Principio de Temporalidad que pauta como ley aplicable en cuanto a tipo penal, la vigente al tiempo de comisión de la infracción y que, bajo las pautas de favorabilidad de arraigo constitucional, obligarían a la aplicación de la ley más benigna; esto es, la anterior.

Mucha confusión ha existido entre dos construcciones diferentes: el delito continuado y el concurso real de infracciones. Tan es así, que en estudio publicado por Posada Maya –quien se ha especializado en el trato de la temática relativa al delito continuado- se parte de realizar un análisis interesante del delito continuado, señalando que el mismo difícilmente puede ser reemplazado por otras instituciones como el concurso de delitos, “que resultan incapaces de reflejar con su carga punitiva, el verdadero desvalor

¹⁶ Artículos 563 del Código Penal de 1971 (Estafa) CDF 0, Suplemento al Registro Oficial 147 del 22 de enero de 1971, el 81 del mismo ordenamiento, para caso de concurrencia de infracciones, y artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, del 2014. Antes, de existir pluralidad de afectados, se aplicaban las normas del concurso, existiendo pena acumulativa máxima, de conformidad con el referido artículo 81 del Código Penal de 1971.

del delito realizado.” (2011, p.74), y muestra disposiciones jurídicas en las que se ha efectuado una mezcla entre el delito continuado y el concurso de infracciones.

Hay mucho material, mucha doctrina sobre el delito continuado. La presente reflexión no pretende ser –ni mucho menos- una recopilación de lo existente, no pretende competir en extensión con trabajos especializados y recientes sobre la materia, como el del mismo Posada Maya, sino centrar el núcleo del tema en un aspecto: su utilización conjunta con el tipo penal de Estafa Masiva, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador,¹⁷ analizando tal posibilidad desde lo racional, y desde la norma de cuidado que debe regir la práctica de la Administración de Justicia.

En el Ecuador, y por orden de ley vigente, la ley aplicable para el juzgamiento y sanción de una infracción penal es la del tiempo de comisión de una infracción. En tal punto tiene especial relevancia determinar cuándo el comportamiento de un individuo debe ser considerado en el contexto de una pluralidad de acciones; o bien cuándo parte de un único delito; no debiendo confundirse la reiteración en el mismo tipo delictivo, con la existencia de un delito continuado; ni el cese o fin de actividad de un delito continuado, con el último delito, en un concurso real de infracciones.

Revisar los *contenidos* y límites del delito continuado tiene especial relevancia por cuanto es indispensable tener en cuenta qué ha venido pasando, y con qué contenido se podría incluir válidamente, como soporte de fallos en la República del Ecuador, toda vez que por disposición del artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, último párrafo, “... *los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia*

¹⁷ Cuerpo legal vigente desde 2014. Ley 0, Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

de las disposiciones que regulan una materia". Lo anterior, para dar contenido al principio de obligatoriedad de administrar justicia.¹⁸

Indica Cuello Calón sobre el delito continuado que *"...desde el punto de vista de la conducta voluntaria del agente y de la producción de un resultado (lesión o peligro) pueden presentarse las siguientes situaciones: unidad de delito y pluralidad de delitos"* (1948, p.565).

El referido autor explica –entre los casos en donde hay unidad de delito-, cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito.

Este conjunto de acciones delictivas, sintetiza Cuello Calón, se denomina "delito continuado". Como ejemplo del referido delito señala al "hurto realizado en momentos distintos del dinero guardado en un armario; el hurto del trigo contenido en un granero llevado a cabo en ocasiones diversas."

Estos ejemplos sirven para distinguir conceptualmente al delito continuado, del delito complejo al que haremos referencia en líneas posteriores.

Buscando en el origen de la institución, nos encontramos con la afirmación del mismo Cuello Calón, quien indica que desconocida en el derecho antiguo la idea del delito continuado, tuvo origen en la inventiva de los prácticos, como medio de eludir la imposición de la pena de muerte por el tercer robo. Y añade este autor que: "...la doctrina científica moderna ha mantenido este concepto con la misma finalidad de atenuar la penalidad, pero las legislaciones en su mayoría carecen de una noción de delito continuado". Las visiones de Carrara y de Jiménez de Asúa, son esencialmente coincidentes con la expuesta.

¹⁸ Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo de 2009.

En el Código Penal español de 1928, aparece tal figura, luego en el Código de 1983 y finalmente desde 1995. La experiencia latinoamericana nos da cuenta de una construcción un tanto similar en finalidad –atenuar la pena-, que es la que se ha contemplado en el Código Procesal Penal chileno, que norma la posibilidad de aplicar una pena única en caso de reiteración de delitos de la misma especie, siendo un requisito indispensable, según lo han interpretado actores de la administración de justicia chilena, que “se encuentren acreditados al menos dos delitos independientes entre sí”, reflexiona Freire Gavilán, anotando que es curioso que en un concurso real de infracciones se exija cierta vinculación entre los distintos delitos para generar un efecto más benévolo en la aplicación de la pena, preguntándose si acaso la institución del concurso real pretende cumplir con los fines piadosos con los que nació el “delito continuado”.

Diferente el caso en el que la idea de perjudicar en masa ha dado lugar a un dolo especial y preexistente, mas esa idea de actuación con perjuicio en masa, ha generado el que se resuelva el tema o bien –ya sea que se considere para algunos (como para Posada) que habría una especie particular dentro del genérico delito continuado, o que se considere un concurso real de infracciones- a dos posiciones distintas: la primera, a que la legislación contemple el delito continuado, y por ende se mire el comienzo de consumación para establecer el tipo penal aplicable (y el cese para fines de prescripción de la pena), o se lo observe como concurso real de infracciones; o bien, la segunda, creando un tipo penal específico en donde la existencia de dos o más sujetos perjudicados (o de por lo menos veinte, como contempla la legislación colombiana) contemple como elemento del tipo justamente la existencia de acciones dirigidas a varios titulares de bienes jurídicos, en cuyo caso ya no cabría se aplique el criterio ni del concurso real de infracciones, ni del delito continuado, sino que se constate si esa legislación estaba o no vigente al inicio de la consumación de la infracción (única, pues el ser en masa es elemento objetivo del tipo en este caso) y la fecha del cese, para fines de prescripción, exclusivamente. Ideal es que se dé una respuesta legislativa a los parámetros específicos del delito continuado.

El legislador ecuatoriano, no aclara si consideró como continuado o como de concurso real de infracciones a la estafa, pero lo que sí está claro es que bajo cualquier hipótesis, estableció la realidad de ser en masa, a partir de dos o más perjudicados, y desde agosto de 2014, por lo que pasó a ser irrelevante cualquier consideración de concurso o continuidad en este específico caso, bastando preguntarse si la actividad delictiva se consumó y cesó, estando vigente tal ordenamiento, para que proceda su aplicación.

Cabe resaltar que la pluralidad del sujeto pasivo determina el delito masa y en tal caso, si está específicamente determinado como tipo penal, esa pluralidad forma parte de los elementos del tipo (como acontece en el delito de estafa masiva, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador), no pudiendo coexistir la consideración de delito continuado y delito masa, pues en ésta última la solución es por concurrencia de una pluralidad de infracciones, intrínsecamente contradictorio ello con el postulado esencial del delito continuado: la unidad de las acciones, en un solo delito. Esto es, nos adscribimos a la postura de Zaffaroni, por cuanto el establecer que ha habido un dolo para la determinación de la masa de perjudicados, que habría que establecer si se da la solución a través del llamado “delito continuado”, conlleva una calificación al autor y no a las conductas realizadas.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido jurisprudencia en la que expresamente, abordando el tema de los sujetos plurales, como sujetos pasivos, señala que no puede existir delito continuado, en caso de que los sujetos sean diversos, pues ello es ajeno a la unidad delictiva que exige éste.

De conformidad con el artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal, tanto tipo como pena, deben ser interpretados de manera literal, por ende, restrictiva, y se encuentra prohibida toda estrategia que conlleve una ampliación del tipo. Por lo anterior, al haber solucionado el legislador el tema del delito de estafa en donde el sujeto pasivo es colectivo, bajo la figura del delito masa, no puede optarse por soluciones doctrinales, pues en tal materia, debe imperar el texto legal.

Por ende, se discrepa de quienes ven en lo dispuesto en el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, la posibilidad de dar soporte a una aplicación diversa de la que conlleve, concurso real de infracciones para conductas penalmente relevantes, anteriores a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, y delito masa, para posteriores. Es de fondo determinar cuál es, técnicamente, el momento de comisión de la infracción penal en el caso de hechos que abarquen diversas legislaciones. Al ser un “delito de resultado”, técnicamente sería el momento del desprendimiento patrimonial, un desprendimiento que no debe ser total (esto es, si hay pacto previo de entrega de una cantidad de dinero, bastará el abono para que se perfeccione la infracción penal), pues el concepto no es económico, sino jurídico, en cuanto determinante de la imputación: tal disposición –incluso– “debe ser entendida en sentido amplio” (Caro Coria, Reyna Alfaro y Reátegui Sánchez, 2016, p. 73).

1.3 La Estafa Masiva como delito patrimonial y económico

Siendo como es la Estafa Masiva, una modalidad específica del tipo penal de Estafa, cabe dilucidar contra qué bien jurídico tutelado atenta.

Donna y De la Fuente (2004, p. 39) afirman que sería más adecuado considerar a este tipo penal como un delito contra el patrimonio en vez de contra la propiedad, porque el patrimonio engloba mucho más que aquella “cualidad para sí mismo”¹⁹, sino otros valores como la posesión, las rentas futuras o el derecho a crédito.²⁰

Pero, ¿qué es el patrimonio? Rojas, en su trabajo “Perjuicio patrimonial e Imputación Objetiva” (2011) ²¹ distingue tres teorías de este concepto: la clásica, la económica y la económico-jurídica. El perjuicio provocado al

¹⁹ Propietas. (“Definición de propiedad – Definición.de”, 2017)

²⁰ Donna, E. & De la Fuente, J. (2004). Aspectos generales del tipo penal de estafa. *Revista Latinoamericana De Derecho*, 1(1), 39-92. Retrieved from <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art3.pdf>

²¹ MAYER LUX, L. & GODINHO, I. F. (2013). La estafa como delito económico. *Revista De Derecho (Valparaíso)*, (41), 183-209. Documento Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-68512013000200006> el 20 de enero de 2017

patrimonio, entendido bajo la teoría clásica, podría ser definido como “donde no hay derecho, no hay estafa”, porque esta teoría desarrollada por Arbury y Rau, concibe al patrimonio como suma de derechos y deberes patrimoniales (sí, es una definición tautológica como manifiesta Gallas)²² que posee una persona. El perjuicio, en cambio, que se atribuye a la Estafa mediante un concepto económico del patrimonio es la disminución del valor económico. Es decir, bajo esta concepción no choca todo un leviatán de derechos y obligaciones donde lo fundamental es la lesión de un derecho, sino el valor monetario disminuido sin ventaja equivalente.

Wilhelm Gallas se suscribió y desarrollo la teoría del concepto económico jurídico, al considerar que el concepto patrimonio no era capaz de “sostenerse” sin la utilización de términos de uno u otro mundo (el jurídico y el económico), puesto que en el caso de lo jurídico, la definición se volvía tautológica, sin que se asignara un valor económico a una transacción concreta, como el Uróboros, condenada a ser auto-referente. En cambio, con la concepción estrictamente económica del patrimonio se obvia el hecho de que las transacciones económicas se dan al margen de relaciones regidas por un ordenamiento jurídico, y por lo tanto no son negocios amoraes, sino que tienen una dimensión y protección observadas por el Derecho. No es dable que se considere por tanto, que ha operado una Estafa con respecto a un perjuicio patrimonial sobre bienes adquiridos de manera ilícita, por ejemplo, porque no existiría derecho legítimo a proteger.

Rojas, en su trabajo, cita al Tribunal Supremo del Reino alemán, en un fallo de 1932, el cual suscribe el concepto delimitado por la tercera teoría mencionada: "el concepto de patrimonio en el sentido del § 263 StGB (delito de Estafa en el Código Penal Alemán) va más allá de los derechos jurídico-privados (de bienes o créditos) adquiridos. Significa el conjunto de los valores económicos cuya disposición se encuentra permitida a una persona bajo protección del ordenamiento jurídico [...]. Al patrimonio pertenecen todos los intereses económicos de una persona que pueden ser realizados bajo la protección del ordenamiento jurídico o en un proceso regulado".

La Estafa es considerada por la doctrina penal como delito patrimonial por antonomasia²³, un tipo penal importante porque es sobre el cual se cimienta la protección a lesiones de índole patrimonial. Sin embargo, ésta no es la única concepción de este tipo, puesto que también se podría afirmar que se trata de un tipo penal que protege también intereses de orden colectivo, como sería en el caso de pertenecer a los tipos penales que rigen para precautelar el orden socioeconómico.²⁴

En efecto, Mayer y Fernandez ²⁵ avizoran que la protección a la economía implica “el establecimiento de reglas para la producción y la adquisición de bienes y servicios existentes en un momento y lugar determinados”, teniendo la protección jurídico-penal de la economía, primero, el entendimiento de que su tutela no tiene a la economía como el fin sino las condiciones para la autorrealización de los individuos, es decir, que la economía sea herramienta y no yugo; segundo a diferentes participantes económicos a quienes se dirige la tutela jurídico penal, como la economía de la empresa y nacional, la colectividad y el consumidor, entre otros. (Faria Acosta).

Kindhäuser ha identificado que la interpretación de los delitos patrimoniales conlleva problemas específicos, dado que éstos aseguran algunos derechos patrimoniales y buscan sancionar determinadas formas de lesión; sin embargo, y dado que la estafa masiva es una modalidad diferenciada por la concepción desde su planificación, de perjudicar al mayor número de personas posible, resulta plausible afirmar que se trata de un delito económico. Por otra parte, continúa afirmando Kindhäuser, en referencia a uno de los principales elementos objetivos del tipo penal de estafa, que el

²³ **MAYER, LAURA Y FERNANDES, INÉS** LA ESTAFA COMO DELITO ECONÓMICO, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI (Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre) pp. 183 – 209

²⁴ Hormazábal Malarée, Hernán, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho* (2ª edición, Santiago, LexisNexis, 2006), p. 135.

²⁵ **MAYER, LAURA Y FERNANDES, INÉS** LA ESTAFA COMO DELITO ECONÓMICO, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI (Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre) pp. 183 – 209

engaño típico tiene su fundamento y rechazo en que existe un deber con respecto a los otros con los que se relaciona el autor, de decir la verdad; es un deber de veracidad “del autor en favor de la víctima”

La estafa masiva tendría una naturaleza dual: de lesión contra el patrimonio y contra el orden socio-económico, sin que la comprobación de esta naturaleza sea necesaria en lo absoluto para que el ordenamiento jurídico ecuatoriano haga hecho de su comprobación (como delito económico) un requisito para que se considere consumado. No sería necesario: para que la estafa sea considerada como delito económico, la conducta delictiva debe lesionar los bienes patrimoniales de muchas personas, puesto que es ahí cuando se atenta en contra del funcionamiento del marco de protección económica vigente. Desde el momento mismo en que una persona concibe afectar el patrimonio de varias personas mediante un hecho delictivo, es decir, una estafa masiva, está concibiendo la afectación de intereses supraindividuales, porque su conducta iría en expresa contraria al ordenamiento vigente y, por lo tanto, por la magnitud del daño que se busca realizar, entra a colación el interés supraindividual del ordenamiento jurídico.

Esta lesión que se realiza o busca realizar no está relacionada a la cuantía en la que se estima el perjuicio, sino el hecho que afecte a un número extendido de personas, es por esto, que la estafa masiva, desde el momento de su concepción, posee la naturaleza de delito económico.

1.4 El fenómeno del fraude colectivo en la región y el Concurso Real de Infracciones

Gracias a la pluma de Mario Arango Jaramillo (1981, p.15), se conoce que la primera gran quiebra que marcó la región andina -por haber comprometido a

²⁶ Cfr. HERNÁNDEZ BAZUALTO, HÉCTOR, “Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática”, *Revista chilena de derecho*, V. 37, No. 1, Santiago, abril de 2010. Localizable en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000100002. Documento recuperado en 04 de enero de 2017.

muchos bogotanos ilustres- es la estafa que protagonizó en 1841, el imperio financiero del llamado Grupo Landinez, la misma que otorgaba un interés mensual del 2%, cuando la tasa máxima pactada en ese entonces era del 1%²⁷

En el año 2000, se da creación en el ordenamiento jurídico colombiano, el delito de captación ilegal de fondos; en donde el sujeto pasivo de la infracción, por desestabilizar el orden socio-económico, pasó a ser el mismo Estado, como lo refiere Hernández Quintero (s/f., pp.17-58).

En el año 2008, es decir, siglo y medio desde el acontecimiento del Grupo Landínez, se decretó en Colombia, el estado de emergencia por piramidación de capital, por cuanto en esa fecha, lo que era la esencia de un delito de estafa masiva había llevado a una crisis sin precedentes, a muchos integrantes de la sociedad civil.

A esa fecha, se había hecho evidente que el Grupo DMG S.A., fundado por David Murcia Guzmán, no tenía operaciones. Murcia Guzmán, empezó a vender tarjetas prepago para la adquisición de electrodomésticos. incluyendo la recuperación del dinero, con tasas del 8 al 10% Una vez derrumbado el negocio se incautaron bienes de Murcia Guzmán, quien vivía en una zona exclusiva de Panamá y poseía una colección de carros lujosos. Se estima a sus víctimas en 230 mil.

En Perú, el Centro Latinoamericano de Asesoramiento Empresarial, logró pagar el 100% de intereses anuales a sus inversores más antiguos. Carlos Manrique Carreño, quien dirigía las operaciones, fue acusado de estafa a 160 000 ciudadanos peruanos (ex empleados públicos que entregaron sus indemnizaciones, principalmente), y estimándose la lesión patrimonial en 360 millones de dólares, aproximadamente.

En el año 2001 en Venezuela, fue descubierto un caso de estafa que venía operando desde 1994. Denominado como líneas 1-900 – Astrotel, C.A. de

²⁷ Hernández Quintero, H. (2009). De las pirámides al delito del ejercicio ilegal de la actividad financiera. *Derecho Penal y Criminología*, 30(88), 17-60. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/610>

manera casual, por un correo electrónico de promoción enviado a una consultora jurídica de la Superintendencia de Bancos de Venezuela. El negocio era claramente piramidal, quienes invertían, subían de rango – incrementando también sus ganancias- conforme vayan atrayendo a más gente al “negocio”, el cual supuestamente se trataba de una empresa que distribuía por vía telefónica y de manera onerosa, información o mensajes con contenido esotérico.

El 26 de octubre de 2005, la mayoría del Ecuador miraba extrañado las pompas fúnebres de quien había sido Notario Segundo del cantón Machala, José Javier Cabrera Román. Su féretro era escoltado por policías y militares, y la gente se agolpaba para llorarle. Luego se supo que el Notario captaba dinero, pagando intereses del 7% al 12%, de quien se dijo “llegó a manejar alrededor de 800 millones de dólares, lo que indica que a su muerte se quebró el segundo “banco” del país. Pues el banco de Pichincha maneja 1.350 millones en depósitos y el banco de Guayaquil, 700 millones”²⁸.

El concurso ideal de delitos se produce cuando ocurre un hecho sobre el cual concurren tipos penales distintos, por ejemplo, el envío de un mensaje de texto con contenido amenazante, cuya amenaza incluya la difamación de miembros de la familia del destinatario, es un caso de concurso ideal de delitos, pues de la unidad del acto (envío del mensaje) se configuran tipos penales distintos²⁹ (intimidación y violencia psicológicas, según los artículos 154 y 157 del Código Integral Penal ecuatoriano vigente); en cambio, en el concurso real de delitos, existe una pluralidad de acciones y de delitos. Es bajo esta figura, la del Concurso Real de Infracciones, la que anteriormente se utilizaba para dar vía de penalización de la Estafa Masiva, puesto que esta figura no se encontraba, previo a la vigencia del Código Penal ecuatoriano actual, como modalidad específica del tipo penal de Estafa.

²⁸ Hernández Quintero, H. (2009). De las pirámides al delito del ejercicio ilegal de la actividad financiera. *Derecho Penal y Criminología*, 30(88), 17-60. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/610>

²⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 679

Cabe enfatizar entonces el que a la par del crecimiento y relevancia de las estafas, no solo por las nuevas tecnologías y sus posibilidades, sino y lo que es más, por la pérdida de los valores en incremento directamente proporcionar a la ambición y al interés por convertir en exponencial la posibilidad de una ganancia ilícita, ha convertido al de Estafa Masiva, en un tipo penal, en donde, incluso el tipo como delito masa, fue reacción legislativa para solucionar los problemas de prueba que existían cuando se presentaban múltiples perjudicados por una actividad decidida con una sola resolución criminal y en donde el sujeto pasivo, el colectivo como perjudicado, era parte del plan.

1.5 De los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de Estafa Masiva en el Ecuador.

El artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador señala que “la persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos, o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años (p.a.) La pena máxima se aplicará (...) a la persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio, sea igual o mayor, a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general (...)”

Los elementos objetivos del tipo serían el engaño típico, el desprendimiento patrimonial (entrega), y la existencia de un sujeto plural, con carácter de sujeto pasivo. Los subjetivos a saber serían tres: el dolo, la finalidad y el error en la víctima. De manera sintetizada hacemos referencia a los puntos relevantes que toca tener en cuenta, una vez que a nivel jurisprudencial, aun no existe tratamiento del tema con respecto a la estafa masiva. No es fácil identificar los elementos objetivos del tipo y subjetivos, si no se hace bajo una guía especializada, como no resulta fácil realizar imputaciones sin la práctica en una teoría que con sus explicaciones, ayude en la sistematización. El riesgo que existe es creer que sin el modelo no hay imputación ni crítica posible y ello queda claro luego de captar el

pensamiento de Kindhäuser, que critica la apropiación que ha hecho la Teoría de la imputación objetiva, de conceptos como el de riesgo permitido.³⁰

Lo primero que cabe tener en consideración es que Estafa y Estafa Masiva, son dos tipos penales diversos, desde el momento en que uno de los elementos objetivos del tipo en la segunda en mención, es el sujeto plural. Luego de ello, corresponde enfatizar en el engaño típico.

El engaño típico. Muchísimo autores son los que han analizado el tema del engaño como elemento primero del tipo penal, resaltando desde Soler hasta Caro Coria, pasando por Peña Cabrera y Canez Marticorena, que son referentes desde antiguos hasta actuales del tratamiento del asunto, que este engaño debe ser suficiente.³¹

Llama la atención que en el Ecuador –y en ello radica una especial importancia- que no cualquier engaño constituye tal elemento, sino solo los actos de simulación o disimulo u ocultamiento y lo que es más, no basta que haya tal simulación, disimulo u ocultamiento, sino que debe existir una relación directa, necesaria y con fuerza concluyente, entre tal hecho y el error en la víctima.

Resalta Caro Coria (2009, p. 63) que el error deberá ser consecuencia directa del fraude; hacerse éste mediante tal error. Este punto tiene especial relevancia principalmente cuando se trata de incumplimiento contractual en relaciones civiles, cuando el acreedor pretende presionar a través de la penalización de la relación, aduciendo error, por ejemplo, por la naturaleza del bien, la existencia o no, de permisos de construcción, y otros, y es por ello que resaltamos que la relación entre hechos fácticos de carácter directo para inferir el engaño, parte de tener en claro cuál es el hecho ocultado, deformado o la falsedad. Para todo tiene que partirse de inferir el engaño como hecho, cuya naturaleza es de “hecho indirecto”, por lo que la prueba

³⁰ KINDHAÜSER, U. (2011), “El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, *Cuadernos de Política Criminal* 103, p. 20 y ss., Madrid.

³¹ Todos estos autores aparecen referidos en Bibliografía.

de los primeros hechos perceptibles por los sentidos y valorables como indicios, resulta muy importante.

Un objeto de conocimiento que se considera relevante, es el nexo causal entre el engaño y el error, y que a nuestro juicio no puede ser otro que la inducción que realice el actor al desprendimiento patrimonial, a partir de razones para tal desprendimiento. Esas razones constituyen el núcleo duro, pues una simple publicidad podría convertirse en un acto manipulatorio – según la mirada- en negocios civiles, y por ello no puede desprenderse tales razones no solo del error en el que incurre la víctima, sino, y especialmente, de un antecedente de simulación o falsedad.³²

Otro de los elementos importantes del delito de Estafa Masiva –y se lo afirma sin menospreciar la importancia de ninguno, sino resaltando la complejidad de su comprensión y prueba- está dado por la finalidad (el para) beneficiarse “para sí o para tercera persona”. Resulta complejo pues la finalidad en sí misma de los negocios mercantiles es el lucro, por lo que aunque haya una finalidad de beneficio, como elemento subjetivo del tipo, no debe de desvincularse lo anterior del engaño típico y precedente, pues es a partir de lo que los franceses llaman “puesta en escena” que puede diferenciarse entre un negocio y acto delictivo, teniendo también importancia la prueba sobre la intencionalidad de cumplimiento cuando se ha realizado un contrato. Ahora bien, el elemento “finalidad”, debe entenderse –luego de revisar a varios doctrinarios con respecto a este punto- que está referido a la tendencia interior trascendente y que los alemanes denominan *überschieBende inntendenz*, por lo que me aventuro a afirmar que éste podría no solo ser un delito que como han dicho doctrinarios del relieve de Medina Frisancho, Peña Cabrera y García Caveró, es de resultado, sino sería también –en su expresión como delito masa- un delito de peligro, en una especie de elemento subjetivo complementario del tipo objetivo.

³² **GÓMEZ BENÍTEZ**, JOSÉ MANUEL, “La función y contenido del error en tipo de estafa”, en Madrid, ADPCP, 1985/II, p. 338. Véase asimismo **CÁRCAMO GIL**, A., (2009), “Concurso de normas y delitos: el delito continuado”, en *El delito fiscal*, pp. 371-391.

Finalmente, el análisis del dolo en el delito de Estafa Masiva, pasa por enfatizar que en el Ecuador y por disposición legal, el dolo equivale a designio de causar un resultado lesivo. El designio como tal es un hecho, mas su naturaleza es de complejidad, pues es un hecho al que solo se puede llegar a través de establecer indicios y realizar inferencias, y éstas, claro está deben ser tamizadas por algún parámetro de objetividad que brinde la sana crítica, esto es, con el uso del conocimiento, lógica y experiencia, y constatando por ende, con las máximas de experiencia de la actividad de que se trate, cuales en concreto son esas reglas que llevan a establecer que la conducta estaba dirigida inexorablemente a engañar y a apoderarse en consecuencia del patrimonio ajeno, de un colectivo.

CONCLUSIONES

Es incompatible el juzgamiento bajo lineamientos de delito continuado, de conductas penalmente relevantes bajo el tipo penal de estafa masiva.

Las estafas masivas han crecido al amparo del crecimiento tecnológico pero, y principalmente, ante el detrimento de valores y compromiso ético-social.

El fraude colectivo es un uno más de los riesgos de la sociedad postmoderna.

El engaño típico es un elemento objetivo del tipo penal a estudio, que marca la diferencia esencial entre un incumplimiento contractual y una estafa.

El error de la víctima, tiene que ser referido específicamente con respecto al objeto de engaño y determinante de la disposición patrimonial del sujeto.

El delito de estafa masiva es un delito de resultado, mas podría ser considerado –por incorporar la finalidad como tendencia dentro de los elementos del tipo- en cierta medida, como un delito de peligro.

El bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio, pero no obsta el que existan bases para considerar a la economía como bien en riesgo, cuando es masiva.

La política pública debe enfatizar en el que el derecho penal cumple una función de coto al poder punitivo del estado, siendo el tipo penal de estafa masiva ineficaz para combatir las nuevas y sofisticadas formas de delincuencia económica.

REFERENCIAS

- AGUILAR, C. (2008): *Delitos patrimoniales*, Santiago, Editorial Metropolitana.
- ANTOLISEI, F. (1988), *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 8ava. edición, Bogotá, Editorial Temis.
- ANTÓN ONECA, J. (1981) “Delito continuado”, en Pellisé Prats (Dir.) *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IV, Madrid, Editorial Seix.
- AMBOS, K. (2011) *Internacionalización del derecho penal: el ejemplo del “lavado de dinero*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1987): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial Delitos Patrimoniales y Económicos*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- CÁRCAMO GIL, A., (2009), “Concurso de normas y delitos: el delito continuado”, en *El delito fiscal*, pp. 371-391. Localizable en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=7291183&pid=S0718-0950201500020001000009& Recuperado el 02 de febrero de 2017
- CARO CORIA, A., REYNA ALFARO, L.M., y REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., (2016), Tomo II, Lima, Jurista editores.
- CUELLO CALON, E. (1948) *Derecho Penal*, Tomo 1, Parte General, Casa Editorial Bosch, Barcelona.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (2009), 2da edición, *El delito de estafa*, Barcelona, Editorial Bosch.
- CURY URZÚA, E. (2005), *Derecho Penal, Parte General*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1979): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (2ª reimp. de la 1ª ed.) Vol. I. Madrid, Tecnos.
- ESCUCHURI AIZA, E., (2004), *Teoría de concurso de leyes y de delitos: Bases para una revisión crítica*, Granada, Editorial Comares.
- EZAINÉ CHÁVEZ, AMADO, (1973) *Diccionario de Derecho Penal*, 1ª. edición, Chiclayo, Ediciones Jurídicas Lambayecanas.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, F. (1984), *El delito continuado frente al Código Penal*, Bogotá, Editorial Temis.

FREIRE GAVILÁN, P. A., *El delito continuado*, Universidad de Sevilla, s/f. Documento localizable en <http://master.us.es/cuadernosmaster/9.pdf> Recuperado el 12 de febrero de 2017

GONZÁLEZ RUS, J.J. (1999) (Coord.) *Curso de derecho penal español. Parte especial I*, Madrid, Editorial Universitas.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. (1985). *La función y contenido del error en tipo de estafa*, Madrid, ADPCP.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., (2006) *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho* (2ª edición), Santiago, LexisNexis.

HURTADO POZO, J., (1987) *Manual de Derecho Penal*, 2da. edición, México, Editorial Distribuidora de Libros, S.A.,

JAKOBS, G. (1997), *Derecho Penal, Parte General*, p. 1074 y ss., Madrid, Marcial Pons.

JESCHEK, H. (1981), *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, p. 357, Barcelona, Editorial Bosch.

MAGGIORE, G. (2005), *Derecho Penal, Volumen I*, Bogotá, Editorial Temis.

MEDINA FRISANCHO, J.L. (2011), *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, Lima, Grijley.

MUÑOZ CONDE, F., (2002), *Derecho Penal, Parte General*, 5ta edición, p. 2002, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

NISBERT, R., (1974) *La formulación del pensamiento sociológico*, Buenos Aires, Amorrortu.

PEÑA CABRERA FREYRE, A.R., (2010), *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª. edición, Tomo II, 2da reimpresión, Lima,

PELÁEZ DE LAS HERAS, A. (1942), *El delito continuado*, Salamanca, Publicaciones de la Universidad de Salamanca.

POSADA MAYA, R. (2010) *Aspectos fundamentales del delito continuado*, p.11 y ss., Universidad de Salamanca, Salamanca.

POSADA MAYA, R. (2011), *El delito continuado y el concurso de delitos*, Bogotá, Universidad de los Andes.

SALINAS SICCHA, R. (2008), *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Lima, Editorial Grijley.

VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, F., (2008) *El delito continuado y masa: a propósito del artículo 31 del Código Penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana.

VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 679

AFFARONI, E.R.; ALAGIA; A./SLOKAR, A., (2002), *Derecho Penal, Parte General*, 2da. ed., Buenos Aires, Ediar.

REVISTAS:

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES II. (1985) Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL. (2011) Madrid, Universidad Complutense, Instituto de Criminología, Editoriales de Derecho Reunidas.

DONNA, E. y DE LA FUENTE, J. (2004). Aspectos generales del tipo penal estafa. *Revista Latinoamericana de Derecho*, I (1), 39'92. Localizable en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art3.pdf> Recuperado el 20 de enero de 2017.

HERNÁNDEZ QUINTERO, H. (2009). De las pirámides al delito del ejercicio ilegal de la actividad financiera. *Derecho Penal y Criminología*, 30(88), 17-60. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/610> el 19 de octubre de 2017

HERNÁNDEZ BAZUALTO. "Normativización del engaño y nivel de protección de la víctima en la estafa: lo que dice y no dice la dogmática", *Revista chilena de derecho*, V. 37, No. 1, Santiago, abril de 2010. Localizable en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000100002. Documento recuperado el 02 de enero de 2017.

PEGORARO, J. "Teoría sociológica y delito organizado". Encrucijadas No. 19, mayo, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2002, s/p.

PREVOT, JUAN MANUEL, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, diciembre de 2010, pp. 143-178.

MALDONADO FUENTES, F. “Delito continuado y concurso de delitos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 28, no. 2, dic. 2015.

MAYER LUX, L. & GODINHO, I. F. (2013). La estafa como delito económico. *Revista De Derecho (Valparaíso)*, (41), 183-209. Documento Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-68512013000200006> el 20 de enero de 2017

MILLS, C. y HOGAN, R. (1978). “A role theroetical interpretation a personalallity scale ítem responses”, en *Journal of Personality*, Blackwell Publishing, Ltd., 46: 778–785. Localizable en; [www.:10.1111/j.1467-6494.1978.tb00197.x](http://www.10.1111/j.1467-6494.1978.tb00197.x) Documento recuperado 10/02/2017.

SELLIN, T, “Le criminalité et l’évolution sociale” en *Revue de l’Institute de Sociologie*, Universidad Libre de Bruselas, 1963, p. 15.

LEGISLACIÓN:

Código Orgánico Integral Penal – COIP, Suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.

Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo de 2009.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

DOCUMENTOS WEB:

Definición de propiedad — Definicion.de. (2017). *Definición.de.* Localizable en <http://definicion.de/propiedad/> Documento recuperado el 10 de febrero de 2017

Dolar Histórico del Año 1992 en Colombia. (2017). Localizable en: Dolar.wilkinsonpc.com.co. Documento Recuperado el 11 de febrero de 2017



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **VERDUGA PALENCIA, DANIELA** con C.C: # 0914771464 autora del trabajo de titulación: **LA ESTAFA MASIVA EN EL ECUADOR** previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **02 de MARZO de 2017**

f. _____

Nombre: **VERDUGA PALENCIA, DANIELA**

C.C: **0914771464**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

| | | | |
|---------------------------|---|-----------------|----|
| TÍTULO Y SUBTÍTULO: | LA ESTAFA MASIVA EN EL ECUADOR | | |
| AUTOR(ES) | VERDUGA PALENCIA, DANIELA | | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES) | PALENCIA NÚÑEZ, MÓNICA ROSA IRENE | | |
| INSTITUCIÓN: | UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL | | |
| FACULTAD: | FACULTAD DE | | |
| CARRERA: | CARRERA DE DERECHO | | |
| TITULO OBTENIDO: | ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA | | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | 06 DE MARZO DE 2017 | No. DE PÁGINAS: | 38 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | DERECHO PENAL, DERECHO PENAL ECONÓMICO, DELITOS MASA | | |
| PALABRAS CLAVES/KEYWORDS: | ESTAFA MASIVA, DELITO CONTINUADO, DELITO MASA, CONCURSO REAL INFRACCIONES | | |

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

Previo a la aprobación del Código Integral Penal vigente en el Ecuador desde el 2014, no existía la figura de Estafa Masiva como modalidad del tipo penal Estafa en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. En el presente trabajo se ha investigado su existencia como fenómeno social y estudio desde la Sociología y Criminología, el tipo de delito de acuerdo a la dogmática y doctrina jurídico penales y su tratamiento antes y después de la vigencia del Código Integral Penal, dado que se daba "solución" en la práctica, penalizando la actuación por la vía del Concurso Real de Infracciones. Si bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio, pero ello no obsta que existan bases para considerar a la economía como bien en riesgo, cuando es masiva.

| | | |
|---|--|-----------------------------|
| ADJUNTO PDF: | <input checked="" type="checkbox"/> SI | <input type="checkbox"/> NO |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: | Teléfono: +593-4-2290630 | E-mail: mitolog@hotmail.com |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):: | Nombre: REYNOSO GAUTE DE WRIGHT, MARITZA | |
| | Teléfono: +593-4-2200439 | |
| | E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com | |

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

| | |
|------------------------------------|--|
| Nº. DE REGISTRO (en base a datos): | |
| Nº. DE CLASIFICACIÓN: | |
| DIRECCIÓN URL (tesis en la web): | |