

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La desprotección de las víctimas del delito de estafas
masivas por la aplicación del principio *non bis in ídem*
dentro del proceso penal**

Ana Marcela Muñoz Chamorro
Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las políticas y manuales de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ), incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Ana Marcela Muñoz Chamorro

Código: 00206401

Cédula de identidad: 1719553826

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en: <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LA DESPROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO DE ESTAFAS MASIVAS POR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM* DENTRO DEL PROCESO PENAL¹

THE LACK OF PROTECTION OF THE VICTIMS OF THE CRIME OF MASS FRAUD DUE TO THE APPLICATION OF THE *NON BIS IN ÍDEM* PRINCIPLE IN THE CRIMINAL PROCESS

Ana Marcela Muñoz Chamorro

ani.munoz@hotmail.com²

RESUMEN

El presente artículo tiene como propósito analizar la problemática de la estafa masiva en relación con la aplicación del principio *non bis in ídem* respecto a la desprotección a la víctima. Para ello, se vale del análisis de artículos de la normativa legal ecuatoriana, entre ella; la Constitución, el Código Integral Penal, la jurisprudencia y la doctrina. El estudio concluye que el Código Integral Penal vigente a partir de agosto 2014 incorpora el delito de estafa masiva y establece la pena mínima y máxima. Sin embargo, no considera el principio de *non bis in ídem* generándose incertidumbre al no poder procesarse el victimario por la misma causa, situación que se afianza con el principio jurídico de irretroactividad, minimizando de cierta forma la protección de la víctima cuando ocurre un hecho punible de delito que afecta a dos o más personas.

PALABRAS CLAVE

Desprotección, derecho penal, fraude irretroactividad, perjuicio patrimonial.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the problem of massive scam in relation to the application of the non bis in idem principle regarding the lack of protection for the victim. For this, it uses the analysis of articles of the Ecuadorian legal regulations, among them the Constitution, the Comprehensive Penal Code, jurisprudence and doctrine. The study concludes that the Comprehensive Criminal Code in force as of August 2014 incorporates the crime of massive fraud and establishes the minimum and maximum penalty. However, it does not consider the principle of non bis in idem generating uncertainty by not being able to prosecute the perpetrator for the same reason, a situation that is strengthened by the legal principle of non-retroactivity, minimizing in a certain way the protection of the victim when an act occurs. punishable offense that affects two or more people.

KEY WORDS

Non-protection, criminal law, fraud, non-retroactivity, patrimonial damage

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Ernesto Albán Ricaurte

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. DE LA ESTAFA SIMPLE A LA ESTAFA MASIVA.- 3. LA ESTAFA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.- 3.1. EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.- 3.2. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.- 4. EL TRATAMIENTO POR PARTE DE LA FISCALÍA A CASOS DE ESTAFAS MASIVAS.- 4.1.- EL CASO TERRABIENES.- 4.2. EL CASO PROINCO.- 4.3. EL CASO E-VACATION.- 5. CONCLUSIONES.

SUMMARY:

1.INTRODUCTION.- 2.FROM SIMPLE FRAUD TO MASSIVE FRAUD.- 3. FRAUD IN ECUADORIAN LEGISLATION.- 3.1. THE NON BIS IN IDEM PRINCIPLE.- 3.2. THE PRINCIPLE OF NON-RETROACTIVITY.- 4. THE TREATMENT BY THE PROSECUTOR'S OFFICE OF CASES OF MASSIVE FRAUD.- 4.1. THE TERRABIENES CASE.- 4.2. THE PROINCO CASE.- 4.3. THE E-VACATION CASE.- 5. CONCLUSIONS.

1. Introducción

Los avances tecnológicos, la dinámica de la sociedad, el desarrollo económico, cultural, político y social hacen que crezcan comportamientos en las personas que son contrarios a los valores de probidad, rectitud, de honradez y de ética, surgiendo con ellos las estafas y los delitos, siendo acciones que van en contra de las normativas legales del derecho positivo.

Es comprensible que se produzcan cambios en el derecho en el transcurrir del tiempo, puesto que, al igual que la sociedad, el derecho es dinámico y va evolucionando, así como su legislación. Por ello, actualmente, dentro de las sociedades democráticas y liberales como Ecuador, también su legislación ha ido variando para evolucionar de acuerdo a sus necesidades, dando paso a nuevas normas, sanciones y valores, teniendo por ejemplo, que en la época de las monarquías se castigaba todos los delitos a través de la muerte al trasgresor, ahora se crean normas esbozadas a través del derecho, que pretenden resguardar principios y valores fundamentales dentro de los llamados derechos humanos, tanto de las víctimas como de los actores de los delitos, resguardando los bienes jurídicos que posee cada individuo.

En este sentido, el autor Angie Arce³ en el libro “Concepto de Bien Jurídico” explica una visión completa e integral respecto a los bienes jurídicos, conceptualizando que son aquellos que la ciudadanía señala como necesarios para conservar una forma de convivencia sana y pacífica, lo que les permite a las personas autorrealizarse y desarrollar su propia personalidad en la vida dentro de una sociedad. Asimismo, expone que los de mayor importancia son la vida, la salud, la libertad y el patrimonio.

Ahora bien, para este estudio, solo se hace mención específica al bien patrimonial, el cual está implícita y explícitamente vinculado con la estafa ya que es un bien físico de una o varias personas, que forma parte del patrimonio, pudiendo obtenerse de varias maneras, ya sea por una o entre varias personas, heredado, adquirido, propio o de dominio público. El artículo 345, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez Suplemento 506 el 8 de julio de 2019⁴ reafirma que los bienes de propiedad privada son los pertenecientes a “particulares, individuales o colectivos”.

De igual forma, en el antiguo Código Penal⁵, se podía evidenciar un concepto de patrimonio económico que lo exponía como “bien jurídico protegido”, con una visión de su funcionalidad y amplitud dentro del derecho penal en el área económica, tomando en cuenta que en ese entonces ya existían diferentes modalidades para el cometimiento de una estafa, modalidades que claramente han ido aumentando a causa de los avances tecnológicos y a la evolución de la sociedad misma y de los negocios. Es así que son cada vez más frecuentes los casos de estafas masivas, siendo acciones dolosas, deliberadas, con intenciones fraudulentas y subjetivas. Todo ello ha traído secuelas negativas, tanto para la economía del país, como para el patrimonio de cada ciudadano.

En correspondencia con lo antes descrito, se puede manifestar que la democratización y evolución del concepto de bien patrimonial desde siempre se ha visto estrechamente vinculado al cambio que sufre con el paso del tiempo la misma estructura de un Estado en determinada sociedad, que no sólo protege bienes jurídicos privados, o de cada uno de los ciudadanos individualmente, sino que, cada vez en mayor medida, se dedica también a proteger intereses del colectivo.

³ Angie Andrea Arce Acuña. *Concepto de bien jurídico en el derecho penal*. Derecho Penal (ensayos compilados por Parra Fernando. TSJ Caracas, 2005) 3-4.

⁴ Artículo 345 Código Civil [CC]. R.O. S 46, 24 de junio de 2005, reformada por última vez Suplemento 506 el 14 de marzo de 2022.

⁵ Código Penal de Ecuador [CPE]. R.O. 147, 22 de enero de 1971, reformada por última vez R.O. Suplemento de 15 de febrero de 2012

Tal es así que, en Ecuador antes del 2014, se tipificaba solo el término estafa de forma general, y no existía en el tipo penal ninguna distinción en cuanto a si el delito era cometido por una o más personas, hacia una o más personas o en cuanto al monto del daño patrimonial. Ahora bien, con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal que se produce a partir de marzo de 2014, se señala la estafa masiva dentro del tipo penal de estafa, pero redactada de tal forma que pareciera ser un tipo de delito específico; según el artículo de estafa, la estafa masiva se da en casos en los que hay dos o más víctimas o de acuerdo con el monto del perjuicio económico, lo cual se analizará más adelante a profundidad.

Es por ello de gran interés el presente artículo, en el que se pueda llegar a conocer sobre la temática del delito de estafa masiva en relación con el bien patrimonial, puesto que la doctrina lo ha tratado de definir de acuerdo a sus causas, consecuencias y penalidad, siendo una conceptualización precisa la que ofrece Francisco Muñoz Conde, en su libro “Derecho Penal”, al definir el delito de estafa masiva, como: “aquellas conductas que tienen como común denominador producir un perjuicio patrimonial mediante una conducta engañosa”⁶. De acuerdo con el autor, se debe entender que los bienes patrimoniales son aquellos que poseen cuantía económica, quedando excluidos los valores subjetivos de los bienes.

Si bien es cierto, Ecuador ha venido evolucionando favorablemente en la protección jurídica en el campo del derecho civil y mercantil, estableciendo medidas de reparación, de indemnización, de nulidad entre otras; pero, en situaciones en que se plantea la estafa, las medidas que el legislador ha tomado, pueden parecer no suficientes o adecuadas para tutelar o proteger los intereses jurídicos de las víctimas.

Así pues, tales intereses se traducen en bienes y se pueden ver protegidos de una forma más eficiente por otro medio: a través de la rama del derecho penal, que agrega a las medidas reparatorias, bien sea de la rama civil y/o de la rama mercantil, una medida sancionatoria, que es la pena, en este caso privativa de libertad.

En este sentido, el Artículo 186, del Código Orgánico Integral⁷, indica el concepto de estafa:

Art. 186.- Estafa._ 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

⁶ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal*. (España: Tirant lo Blanch, 2004), 424.

⁷ Artículo 186, Código Orgánico Integral Penal [COIP] R.O Suplemento 180 de 10 de febrero del 2014, reformado por última vez R.O. 131 de 22 de agosto de 2022.

que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Más adelante, el mismo artículo 186 del COIP, especifica la estafa masiva y aclara que aquella recibe la pena máxima, luego de sus seis numerales dicta: “La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.”

Como se aprecia, el nuevo Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, optó por especificar el tipo de estafa que se producía a varias víctimas en relación con las consecuencias jurídicas por el hecho ilícito; por ello, incrementa la sanción con la pena y la cuantía o montos por daños y perjuicios a las víctimas.

En consecuencia, este trabajo pretende analizar la problemática de las estafas masivas puesto que ha generado algunas interrogantes, entre las que cabe mencionar: ¿Cómo ha cambiado la tipificación dentro de la normativa jurídica ecuatoriana?, ¿Cuáles han sido las bondades o limitantes encontradas con la incorporación de estafas masivas dentro del COIP?, ¿Qué correspondencia puede tener con el principio del *non bis in ídem*⁸?. Tratar de encontrar respuesta a ello es complejo por la variedad de principios que norma el derecho penal; por lo tanto, insta a revisar material doctrinario a fin de conocer las acciones que se pueden dar, puesto que la estafa masiva altera la armonía de la sociedad y afecta en demasía la economía tanto personal, familiar, y social.

En tal sentido se aborda inicialmente, el paso de la estafa simple a la estafa masiva; entendiéndose que antes del 2014 el Código Penal de Ecuador contemplaba el delito de estafa y, a partir del mes de agosto 2014, entra en vigor el Código Orgánico Integral Penal que establece la estafa masiva.

Seguidamente, se hace una revisión minuciosa de la estafa dentro de la legislación ecuatoriana presente desde la Constitución, Código Penal, Civil y Mercantil. También se analiza el principio *non bis in ídem*, aforismo latino que se traduce como no dos veces por lo mismo, es decir que nadie debe juzgarse dos veces por la misma causa que se demanda; el principio de la irretroactividad en la legislación implica que una norma no tiene efecto hacia

⁸ Regla del jurista romano Gayo, Digesto 50, 17, 57: *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur* ('la buena fe no consiente que se exija dos veces lo mismo'). Con la práctica forense medieval, la expresión se redujo a solo *non bis idem exigatur*, y finalmente a *non bis in ídem*. (Diccionario panhispánico del español jurídico. Real academia Española. 2008), 1-97.

atrás en el tiempo, principio importante para analizar en los casos de estafas masivas que en una línea de tiempo se encuentran entre los dos Códigos, es decir, en los que la estafa masiva inicia antes de 2014 pero continúa aún después de la expedición del COIP; también se hace alusión a la jurisprudencia en el tratamiento por parte de la fiscalía en algunos casos importantes de estafa masiva ocurridos en Ecuador: caso Terrabienes, Proinco, E- vacation, y finalmente las conclusiones de la investigación.

2. De la estafa simple a la estafa masiva

El término estafa se remonta desde hace varios siglos en el derecho romano predicho en el crimen *stellionatus*, que viene de la palabra estelio o estelión, que es el nombre que se le otorgaba en latín a un animal pequeño, semejante a un lagarto o lagartija que tiene la piel manchada como si estuviera cubierta de estrellas, mismas manchas que cambian de color al reflejar el sol, lo que lo hace ver como si aparentara ser algo distinto a lo que en realidad es, como si cambiara su estado natural; así pues, se hace referencia a este animal cuando se habla de una persona que no es honesta en su proceder, asumiendo personalidades no reales⁹.

De la analogía anterior, se puede interpretar que la estafa es concerniente a la disminución bien sea progresiva o total del patrimonio como derivación de un engaño. El concepto que los romanos tenían el estelionato era “todo engaño, disimulación o impostura en fraude de otro”, así aparece en el Digesto¹⁰ (Ley 3, Libro IV en comparación con la del 20, libro 48). Haciendo esta comparación, se describe al estafador como una persona que con astucia encubre su verdadera intención, montando todo un escenario falso y usando un disfraz para presentar ante su víctima las cosas de una manera totalmente distinta a como en realidad son, no siendo auténtico en su accionar, dispuesto a conseguir dinero que no le pertenece, a cualquier costo, en perjuicio del engañado o la víctima.

En ocasiones puede confundirse a la estafa con el hurto o el abuso de confianza, que, aunque estén relacionados, no son lo mismo; puesto que, para que se configure el delito de estafa, necesariamente debe haber una maquinación, un engaño, valiéndose de cargos, empresas, terceras personas, ilusiones que hacen que la víctima caiga en el engaño, otorgando poder de manera voluntaria para desprenderse del bien patrimonial, sin necesidad de mediar violencia.

⁹ Donna, Alberto. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I. (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2002).

¹⁰ Su origen se remonta al 530 d.C., época en que el emperador bizantino Justiniano I ordenara la compilación y codificación de las obras jurídicas de los jurisconsultos romanos. Diccionario (ídem).

De igual forma, es importante destacar entre los cambios que, en el Código Orgánico Integral Penal, aparece la estafa masiva, que tiene varias modalidades para crear escenarios donde se engaña o estafa a más de dos personas, pudiendo darse el caso que en una acción existan en diversas variedades; que pueda ser individual o en masa, e incluso no siempre participando de forma presencial la víctima o el victimario estafador y de hecho, en muchas ocasiones, cuando se dan este tipo de estafas, se hace uso de la tecnología y los delincuentes pueden actuar de manera remota, sin nunca entrar en contacto con sus víctimas. Por ejemplo, en situaciones tales como la compra venta de artículos a través de internet o redes sociales, o estafa piramidal (se considera un tipo de estafa masiva); a diferencia de otras que podrían hacerse valiéndose de intermediarios, como compra venta de vehículos robados en las fronteras, autos clonados, automotores con documentos falsos, entre otras.

Es necesario señalar que, anteriormente, la estafa se encontraba tipificada en el Art. 563 del Código Penal de Ecuador [C.P.E] del año 2012¹¹, el cual delimita la estafa como el engaño al consumidor, aunque mencionaba en el mismo tipo penal el abuso de confianza, estipulándolo como aquella acción adelantada por una persona con la finalidad de que un bien perteneciente a otro ciudadano, se canjease por recursos monetarios, bienes muebles, compromisos legales, finiquitos y comprobantes; utilizando para ello tanto nombres y montos falsos, empresas inexistentes, de poderes otorgados falsamente o de créditos ficticios, infundiendo expectativas o la duda e inquietud sobre eventos, accidentes u otro suceso aparente; de modo que se permita el abuso contra la confianza o la ingenuidad de las personas, lo cual será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y con una multa en el rango de los ocho a ciento cincuenta y seis dólares.

Art. 563.- El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

¹¹ Código Penal de Ecuador, 2012

En este artículo, se puede notar que no se contempla la modalidad en grupo o para dos o más víctimas que en esta época son consideradas necesarias por su propagación, mientras que, para ese entonces, estaban implícitas de manera general y la sanción era de seis meses a cinco años.

En contraparte de lo antes expuesto, entra en vigencia el Código Orgánico Integral Penal en el 2014, estableciendo que la pena se incrementa y específica, en su artículo 186, que el ciudadano que lesione o extorsione económicamente a una o varias personas o que la suma de su perjuicio equivalga o supere los cincuenta salarios básicos unificados del trabajador será penada con privación de libertad de siete a diez años.

En el caso de estafa masiva los jueces están obligados a emplear lo que manifiesta la ley, en la que se estipula que la pena mínima corresponde a siete años y la máxima a diez. Sin embargo, los administradores de justicia optan, en ocasiones, por decidir valerse del principio de proporcionalidad aplicando una limitación con base en la gravedad del delito, en este caso, la conducta engañosa para la imposición de la pena; considerando necesario que en este delito de estafa masiva se establezca objetivamente la pena respecto a la escala de graduación de la falta cometida, lo cual también va a depender del daño financiero ocasionado, así evitando una sanción desmedida.

3. La estafa en la legislación ecuatoriana

Para resolver casos de estafa masiva se recurre también a lo que se encuentra estipulado en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, la cual fue modificada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.¹² En su artículo 11 numeral 8 señala un principio de progresividad, buscando continuidad con las normas, de modo que el compendio de los derechos se desplegará progresivamente mediante las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado creará y avalará las condiciones propicias para su total reconocimiento y disfrute.

En este sentido, los administradores de la justicia en Ecuador pueden valerse para aplicar medidas ante el delito de estafa con las diversas fuentes de derecho con las que cuenta, a saber: legislación, doctrina y jurisprudencia, respetando el principio de progresividad, y manteniendo la lógica y formalidad para cada caso, entendiéndose que los derechos nunca

¹² Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

pueden disminuir. No obstante, muchos delitos son desproporcionales a la infracción; tal es el caso de la estafa masiva, cuya pena es de seis años como mínimo aplicable y máximo diez a cualquier clase de estafa masiva sin distinción o tipificación, bien sea que el perjuicio haya sido de menor o de mayor cuantía.

Es por ello que, la constitución insta al respeto de todos los derechos de las personas, y si no existe cumplimiento pleno de este, el legislador se encuentra en la obligación de observar la progresividad de los derechos en la medida en que se incrementen los mismos; si en un delito no está tipificado de forma que se ajuste a la realidad social y práctica, el legislador está en la facultad, y de acuerdo al punto de vista de la autora de la presente investigación, también en la obligación legal de adaptar las normas, tomando en cuenta siempre los principios y derechos constitucionales, como verdaderamente se requiere.

Asimismo, el Art. 76 numeral 6 de la Constitución señala que la ley determinará la adecuada proporción entre las contravenciones y las penalidades administrativas o de otra naturaleza. Esto viene a validar lo antes expuesto, lo que establece garantía para que el legislador mantenga la supremacía constitucional para una estafa de menor cuantía al bien jurídico afectado, señalando una pena de contravención. De igual forma, en el artículo 1 de la Constitución de la República de Ecuador, se estipula que Ecuador es un “Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional, y laico”.

Este artículo explica que Ecuador es un Estado garantista, en virtud de que respeta los derechos y obligaciones, junto a sus principios, que se deben aplicar en todos sus ámbitos, tanto legislativos y judiciales; es por ello que los jueces. en casos de estafas con cuantías menores, no se rigen en el cumplimiento cabal de la pena máxima contenida en el Código Orgánico Integral Penal, sino que prevalece la constitucionalidad de la normativa que más favorezca al reo. Esto a su vez es muy importante al relacionarlo con el principio *non bis in ídem*, porque puede interpretarse que en una estafa masiva no se debe sancionar por el mismo delito, aun cuando sean un grupo las víctimas; no obstante, existen circunstancias y el articulado dentro del Código Orgánico Integral Penal que sí lo engloba.

Es interesante entender la posición jurídica de Zaffaroni, Eugenio Raúl en el “Manual de Derecho Penal”¹³ en la que, parafraseando sus ideas, menciona que no puede condenarse ni absolverse a un individuo por la conveniencia de la voluntad o los intereses de la mayoría, ya

¹³Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Manual de Derecho Penal”, en *Parte General*. (Buenos Aires: Ed. Ediar, 2006), 120.

que ninguna mayoría puede legitimar (solo por ser mayoría) el castigo de un inocente o el perdón de un culpable; esto se deriva también en la legitimidad que tiene un juez para poder decidir aun en contra de la opinión pública o de personas poderosas o influyentes, pero ajenas al poder judicial, puesto que ellos tutelan los derechos, al aplicar lo que de la constitución emana.

En dilema, un aspecto extremadamente difícil al constitucionalizar el ordenamiento penal, es el que solicita eficiencia en la justicia penal, atendiendo al respeto de garantías de los procesados; porque si la balanza se inclina por eficiencia, fácilmente se puede llegar a un funcionalismo penal, que se llena de todas las garantías, y si se inclina a ultranza por los derechos de los procesados, se puede incluso llegar a interpretar y pensar en un sistema que más bien promueve la impunidad.

Por otra parte, se tiene el concepto de estafa concebida dentro del Código Orgánico Integral Penal (2014), en su artículo 186, como la acción cometida por un ciudadano que procura su aprovechamiento económico o el de otros que actúan conjuntamente, simulando sucesos ficticios ocultando o falseando los verdaderos, con la finalidad de inducir a una u otras personas a tomar decisiones erradas que lo(s) perjudicará(n) patrimonialmente, lo cual es penado con privación de libertad entre cinco y siete años.

De la conceptualización legal se desprende que, dentro del delito de estafa puede existir la participación de una persona y/o un tercero, que pueden presentar actitudes de familiaridad y en la mayoría de casos hacen que los victimarios no consideren medidas preventivas, esto genera un aprovechamiento pensando que es un acto de buena fe que induce a la equivocación y al adjudicarse una propiedad ajena, incurriendo así en un hecho ilícito, damnificando el patrimonio de uno o varios individuos.

De igual manera, se hace necesario presentar el artículo Art. 187 del COIP, que refiere al abuso de confianza, indicando que cuando un ciudadano se beneficie personalmente o conjuntamente con otros implicados de recursos en efectivo, bienes de capital que le hayan sido consignados para restituirlos o utilizarlos de una manera específica, será penado con privación de libertad de uno a tres años. Esta misma penalidad se impondrá al ciudadano que, engañando a través del uso de la firma de otra persona en documentos en blanco, despliegue con ella algún tipo de documento en menoscabo de la signataria o de otra tercera persona.

Este articulado está en consonancia con lo que se interpreta como defraudación dentro de dos especies, la estafa y el abuso de confianza. La disimilitud entre los antes mencionados se encuentra en el instante en el que el sujeto actúa dolosamente; en la estafa, el dolo precede a la adjudicación de la cosa y en el abuso de confianza, por el contrario, el dolo es ulterior.

3.1.1 La Estafa Masiva como nuevo tipo penal

El artículo 186 del COIP, dispone en sus numerales que la estafa debe cumplir con requisitos para esta calificación y en su respectiva pena, a la vez, se encuentra diversidad con características propias, tipificadas como engaño, defraudación y perjuicio patrimonial; por ello, señala que la penalidad máxima se impondrá al ciudadano que: estafe a través del uso de tarjetas de crédito, débito, pago o equivalentes, al clonar, duplicar robar u obtenerla sin el consentimiento justificado de su dueño; cometa fraude utilizando dispositivos electrónicos alterando, modificando, clonando, o duplicando los elementos propios de un cajero automático para la captura, almacenaje, copiado o reproducción de información referente a tarjetas de crédito, débito, pago o semejantes; facilite legitimación o aval falso sobre las transacciones realizadas por la persona jurídica; del mismo modo, que persuada e influya en la adquisición o comercialización pública de valores utilizando prácticas fraudulentas y, por último, que cotice, oferte o venda ficticiamente cualquier valor.

Luego, el artículo termina aclarando que, para el ciudadano que lesione económicamente a varias personas o que la suma de su agravio equivalga o supere los cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, la sanción de privación de libertad será de siete a diez años. La estafa ejecutada mediante una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria a través de intermediación financiera mediante el uso de caudales públicos o de la Seguridad Social, se sancionará con privación de libertad de siete a diez años. El ciudadano que venda entradas para eventos públicos o de agrupación masiva por encima de la capacidad permitida por la autoridad pública competente, será penado con privativa de libertad de treinta a noventa días.

Como puede observarse, existen sanciones que prevé el Código Orgánico Integral Penal (COIP), que hacen referencia a recargos financieros, así también como las penas de prisión que establece este cuerpo legal con penas máximas de cinco a siete años y en casos especiales de siete a diez años. La duda surge cuando la estafa masiva se produce por montos inferiores y se pone en duda la proporcionalidad en la sanción, lo que puede generar una contravención; Cabanellas Guillermo¹⁴, en su “Diccionario Jurídico”, la define como aquella transgresión de una norma específica que tiene un carácter menor y que por ello es incompleta para ser calificada como delito. De este modo, resulta improbable que una infracción prive a

¹⁴ Guillermo Cabanellas. *Diccionario Jurídico elemental*. (Buenos Aires: Heliasta, 1988), 74.

un ciudadano de su libertad; a lo máximo, se impondrá una multa que comprenda y comprometa la toma de conciencia.

De aquí se desprende que las contravenciones se dan al actuar en contra de lo establecido en la normativa, pero cuando dichas actuaciones no son lo suficientemente graves como para constituir un delito; surge el problema cuando la conducta punible en realidad es leve pero el COIP le otorga la calidad de delito y no de contravención, así, la sanción debería ser proporcional a la falta cometida, y en este caso se genera la duda de si se está vulnerando el derecho a la defensa y al principio del debido proceso o no.

Por otro lado, es importante destacar que algunos juristas sostienen que, para el delito de estafa menor, sería más conveniente aplicar sanciones del derecho mercantil y civil, no siendo tan conveniente la penal porque en ocasiones implica que no están dadas todas las condiciones para que exista la punibilidad grave, existiendo disparidad en las opiniones y en los criterios que lo sostienen. Es por ello que, en Ecuador, gran parte de juristas le da mayor valor a la doctrina y jurisprudencia que los orienta a constituir las sustentaciones en opiniones de los jueces, legisladores y la constitución.

Por lo tanto, es en la fuente del derecho que se consagra la forma que debería darse a la sanción, pero la constitución es la norma fundamental que debe imperar sobre las demás leyes; en Ecuador se consagra su supremacía, esto implica respetar la dignidad del ciudadano por medio del valor a los derechos humanos que incluye tanto a las víctimas como al victimario y, claramente, los principios básicos en ella contenidos, como es el del debido proceso.

De igual forma, Vega Hidalgo Denisse en su libro “Tipificar el Código Penal” explica quiénes participan en el delito de estafa, siendo el sujeto pasivo, el cual es la víctima y el sujeto activo, quien es el victimario; sin embargo, este no necesariamente es quien ejecuta la conducta o engaño, pues, en ciertos casos, es quien recibe el objeto material¹⁵; esto quiere decir que puede haber un tercero que es quien induce a la víctima a entregar su patrimonio, claro que depende de la situación particular y de las pruebas aportadas en juicio, que se demuestre su participación y responsabilidad dentro del crimen.

¹⁵ Vega Hidalgo, Denisse, “Tipificar el Código Orgánico Penal”. (Tesis de grado. Universidad Nacional de Loja)

3.1.2 El principio *non bis in ídem*

El *non bis in ídem* es un aforismo latino que se puede entender como la prohibición de castigar en más de una ocasión el mismo suceso, y la jurisprudencia y la doctrina ha expuesto que concurre la misma situación en los supuestos de triple identidad de partes, causa y objeto.

Para presentar el problema que puede surgir en los supuestos de estafas masivas, usaremos a modo de ejemplo una situación inventada, descrita de forma bastante simple y sin tanto detalles: Joselito planifica una estafa masiva, consistente en vender lotes de terreno, que en realidad no existen, o no son suyos; para ello, arrienda una oficina en el sur de Quito, imprime pancartas y publicita la inmobiliaria que acaba de inventarse, Inmobiliaria JJ. Gracias a toda esta puesta en escena, logra vender 5 lotes de terreno y recibe por ellos el respectivo pago, le vende los lotes de terreno a Carlos, María, Eugenia, Juan y Pedro; recibiendo un pago de cien mil dólares por cada uno de los lotes vendidos, en total quinientos mil dólares.

Ahora, las víctimas de Joselito se dan cuenta de que han sido estafados, y cada uno, porque ni se conocen entre sí, ni tienen ningún tipo de relación, por separado, presentan una denuncia en contra de Joselito; así es que pueden presentarse denuncias contra la misma persona o sujeto (el actor del delito), por la misma causa y el mismo objeto. Supongamos que Carlos, María y Eugenia presentan la denuncia en periodos de tiempo más o menos similares, y fiscalía las tramita en conjunto, dentro de la misma investigación previa, instrucción fiscal, etc. hasta llegar al final del proceso que termina en una sentencia condenatoria para Joselito por el delito tipificado en el art. 186 del COIP, con la pena máxima, por tratarse de una estafa a más de dos personas (estafa masiva). En este punto, recién Juan y Pedro caen en cuenta de que los lotes de terreno por los que pagaron no existen, así que, en conjunto, se acercan a presentar su denuncia por estafa masiva contra Joselito, como representante y propietario de Inmobiliaria JJ, por vender lotes de terreno inexistentes. ¿Podría Joselito alegar que ya está pagando una pena por ese delito y exigir que el juez tome en cuenta el principio *non bis in ídem*?

Nieto García, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”¹⁶, manifiesta que ningún ciudadano será condenado en dos oportunidades por el mismo incidente, no obstante, acorde a la doctrina, el principio *non bis in ídem* engloba una doble prohibición: aquella en la que un ciudadano se sancione dos veces por un mismo caso y la prohibición de que una persona se someta a un doble juzgamiento por una misma transgresión.

¹⁶ Alejandro Nieto. *Derecho Administrativo Sancionador*. (Madrid: Tecnos.2012), 429

En el artículo 76, apartado 7, inciso i, de la Constitución de la República de Ecuador¹⁷, se advierte el reconocimiento al mismo, aunque, en este caso, aparece estipulado como una garantía del derecho a la defensa de las personas, señalando que en cualquier proceso donde sean determinados derechos y deberes de cualquier orden, se garantizará el derecho al debido proceso que comprenderá las sucesivas garantías elementales como el derecho de los ciudadanos a la defensa en el marco de las garantías siguientes: i) Nadie será procesado en más de una oportunidad por el mismo motivo y materia.

En consonancia con lo preceptuado en la Constitución ecuatoriana, el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, instituye en su interior un cúmulo de garantías y principios rectores del proceso penal, y entre los primeros señala el principio de prohibición de doble juzgamiento, denominación bajo la que se instaura el principio non bis in ídem. Así podemos verlo en el numeral 9 del artículo 5, correspondiente al Capítulo II del Título II del COIP, referido a los principios procesales; señala que el derecho al debido proceso penal, sin menoscabo de otros contemplados en la Carta Magna del Ecuador, los acuerdos e instrumentos internacionales suscritos por el Estado u otras normativas jurídicas se regirá por la prohibición de doble juzgamiento.

9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.¹⁸

Ningún ciudadano podrá juzgarse y penalizarse en más de una oportunidad por los mismos acontecimientos. Las sanciones administrativas pueden ser aplicadas siempre y cuando los hechos hayan sido cometidos a varias víctimas durante la vigencia del ordenamiento jurídico actual.

Si tomamos en cuenta y aplicamos el principio en este sentido, volviendo a nuestro ejemplo, Joselito no podría ser juzgado una vez más por vender lotes de terreno inexistentes valiéndose de Inmobiliaria JJ y, Juan y Pedro, se verían totalmente desamparados, no recibirían

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

¹⁸ Artículo 5, COIP

ningún tipo de reparación y a pesar de ser víctimas de delito de estafa masiva, se verían desprotegidos por la aplicación del principio *non bis in ídem*.

3.1.3 El principio de irretroactividad

La irretroactividad es un principio jurídico¹⁹ estrechamente vinculado a la vigencia de la ley en el tiempo, hace alusión a la incapacidad de aplicar una norma a sucesos previos a la publicación de esta, así lo expone Cabanellas Guillermo, siendo este un principio presente desde la constitución ecuatoriana, donde está expresamente señalada la aplicación de la irretroactividad de la ley ante hechos suscitados o acontecimientos que preceden su entrada en vigor, claro siempre y cuando sean menos favorables o que incluyan mayor pena al acusado.

El COIP considera como tipo penal de estafa masiva a acontecimientos que fueron consumados anteriormente a su vigencia, en tal virtud que en ese tiempo en que se tipificaba el delito de estafa solamente, con varios elementos del tipo y que a dicho de los juzgadores mismos hechos que eran objeto de sanción y juzgamiento en términos de la rama del derecho que regula conductas antijurídicas, esto no implica que se establezca una violación a dicho principio, debido a que se ha tratado de equilibrar las sanciones, existiendo siempre en toda norma, la excepción.

El conflicto se presenta cuando intentamos dilucidar qué norma aplicar y cómo establecer la pena cuando existe un caso de estafa masiva en el que algunas de las víctimas sufrieron los hechos antes de la expedición del COIP y las víctimas restantes después de la misma. Las víctimas denuncian exactamente la misma conducta, pero cometida en tiempos diferentes, sin embargo, al tratarse de los mismos hechos cometidos por un mismo actor del delito, se presentarían varias interrogantes ¿es lo correcto juzgar la conducta por separado, como si se hubiesen cometido dos delitos distintos? ¿se debe aplicar el principio de *indubio pro reo* independientemente de la fecha de la comisión del delito? ¿las víctimas que se vieron afectadas por la conducta antijurídica antes de 2014 no se consideran víctimas de estafa masiva, aunque sean más de dos personas afectadas por el mismo hecho?

El doctrinario Maggiore Gregorio²⁰ refiere que con el Código Orgánico Integral Penal y debido al historial de conductas penales que han afectado a la colectividad del país, se toma la decisión de penalizar con mayor fuerza a aquellos que afecten a más de dos personas haciéndolas cometer errores de forma dolosa, estableciéndose ese tipo de infracción para cómputo de la punibilidad.

¹⁹ Guillermo Cabanellas. *Diccionario Jurídico elemental*.

²⁰ Gregorio Maggiore, *Derecho Penal Volumen I* (Ecuador: Editorial Temis),295.

Pero si bien es cierto que “la irretroactividad consiste en la imposibilidad de modificar las consecuencias jurídicas de los actos ya formalizados, no siempre se puede aplicar este principio para evitar la colusión con la máxima de *In dubio pro reo*”²¹. En este sentido, por lo general solo se da garantía de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, casos que pueden ser aplicados en la estafa.

Este principio de irretroactividad y el de progresividad se recogen en el artículo 11 de la Constitución de Ecuador (2008) en el numeral 8, cuando señala que el cometido o compendio de los derechos se desarrolla paulatinamente mediante las normas, la jurisprudencia y las políticas oficiales del Estado, el cual concebirá y asegurará las circunstancias precisas tanto para reconocerlas y ejercerlas. Por tanto, será considerada anticonstitucional aquella acción u omisión de naturaleza regresiva que aminore, perjudique o anule infundadamente el ejercicio y disfrute de los derechos.

En este articulado se evidencia que la regresividad está prohibida y, sin embargo, tiene una excepción puesto que se considera admisible, si existiere estricto análisis de causas y consecuencias, en otras palabras, es posible la admisión de una regresión excepcional en el goce de derechos, dentro de un período limitado en caso que sea completamente justificable y para ello debe existir particularidades que dependerán de los artistas y aspectos que confluya desde todo un sistema.

4. El tratamiento por parte de la fiscalía a casos de Estafas Masivas

Este apartado aborda 3 casos de estafas masivas que han ocurrido en Ecuador, todos ellos relevantes para la presente investigación, vinculados a los tópicos que hemos revisado en secciones anteriores y que resultan de utilidad para fines explicativos sobre el tema y la manera en que actuó fiscalía. Se expondrá el caso Terrabienes, el caso Proinco I y II y el caso E-Vacation, esto sirve además para tomar en cuenta que este no es un tipo penal de poca utilidad, puesto que efectivamente han habido varios casos en el país, y el número de las víctimas afectadas por las estafas masivas fácilmente supera el millar.

²¹ Gregorio Maggiore, *Derecho Penal Volumen I*

4.1 El Caso Terrabienes

De acuerdo a información detallada en el periódico “El Universo”²², la Sala de Garantías Penales del Guayas emitió la resolución en la que se dispone que el procesado exgerente de la inmobiliaria Terrabienes, sea el responsable del pago de cerca de \$ 24 millones para reparación a perjudicados, y además sea condenado a diez años de prisión por el presunto delito de estafa masiva. Como hemos venido diciendo, la estafa masiva, se concibe mediante aquella empresa ficticia que incite a cometer errores a una o varias personas, con el propósito de beneficiarse y perjudicar la situación patrimonial de estos. En este caso, Terrabienes hizo uso de una persona jurídica en la ejecución de actos engañosos para reducir el caudal patrimonial del sujeto pasivo.

Este caso tiene una relevancia notoria, puesto que fueron este tipo de comportamientos, que los encargados de incentivar la inclusión del concepto de estafa masiva en el tipo penal de estafa tal como lo tenemos en el actual COIP, con esto me refiero a la creación y uso de compañías inmobiliarias que ofertaban proyectos de casas o edificios con facilidades de pago o cuotas muy convenientes en comparación a otros proyectos de construcción o venta de inmuebles que se encontraban en el mercado, de esta forma atraían a un gran número de personas, que muchas veces depositaban en las cuentas bancarias de estas inmobiliarias incluso los ahorros de toda su vida, con la esperanza de tener su terreno o casa propia, sueño que jamás llegarían a ver cumplido.

En este caso se impuso además el artículo 49 del COIP, 2014 que indica todas las responsabilidades penales de las personas jurídicas tanto nacionales como extranjeras de derecho privado comprometidas en la comisión de delitos para su provecho particular o de sus asociados, tanto por la comisión u omisión de aquellos que ejercen su posesión o control, de sus instancias de gestión, apoderados(as), representantes legales, operadores, delegados, intermediarios que contractualmente o no participen en actividades gestionaría, ejecutivos de primera línea o aquellos que desempeñen funciones Administrativas, Directivas y Supervisoras y generalmente, aquellos que procedan en cumplimiento de órdenes o lineamientos de las personas naturales antes mencionadas.

En este tipo penal, se puede notar una apariencia de realidad contractual con una persona jurídica, sin embargo, el negocio mismo constituye el engaño en tanto el actor finge una intención de contratar cuando, en realidad, su finalidad es verse beneficio del título de

²² El Universo “El Caso Terrabienes” Disponible en: <https://www.eluniverso.com/temas/caso-terrabienes/> (Último acceso: 23/10/2022).

empresa constituida, con el fin de conseguir la contraprestación de la otra parte sin intención de cumplimiento. De esta manera, es posible hallar los elementos fundamentales del tipo penal en cuestión y se podrían verificar por medio de los siguientes requisitos: a) Uso a través del sujeto activo de una empresa irreal o fingida, como un canal para la promoción de errores del sujeto pasivo e incitarlo a disponer de determinada manera de su caudal patrimonial (el engaño) b) Un menoscabo en el patrimonio del sujeto pasivo, entendiéndose patrimonio desde una perspectiva pecuniaria/económica c) Fines de lucro del sujeto activo.

Como se desprende del caso de estafa de Terrabienes, se observa que las víctimas por lo general en estafas inmobiliarias tenían necesidades potenciales para adquirir viviendas siendo esto el detonante para el provecho del estafador que evidencia el aprovechamiento de aspectos psicológicos que le facilita a los victimarios armar las condiciones para que se produjera el delito al crear una empresa ficticia, utilizando además las redes sociales para la publicidad de la oferta inmobiliaria, siendo esto una herramienta que aprovecha el estafador.

4.2 El Caso PROINCO

Todo empezó alrededor de 2014; PROINCO liderado por Santiago Rivadeneira Troya, decía ser una financiera, en la que miles de personas, la mayoría jubilados o adultos mayores, depositaron su dinero en la mayoría de los casos a plazo fijo. Pero PROINCO no contaba con ninguna autorización para ser financiera y estaba afincada en empresas fantasma, la gente nunca más recuperó su dinero.

La sentencia²³ del 27 de marzo del 2018 donde el Tribunal de Alzada resolvió negar el pedido de la defensa del caso Proinco, se realizó conforme a lo que se estipula en el artículo 186, numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), esto se da porque se comprueba que la empresa obtuvo beneficios al simular hechos ficticios y ocultamiento de los reales.

El Tribunal de Alzada, ratificó la reparación integral de USD 98'889.729 a todos los perjudicados, aproximadamente 1.300 personas.

Por otra parte, la Fiscalía pudo demostrar que las empresas Asesores Integrales Mingacorp S.A., Maktradecorp S.A. y Encaisser S.A., todas relacionadas con Proinco y creadas por su directivo, incumplieron con las disposiciones legales y realizaron una migración ilegal de recursos para, supuestamente, resguardar los depósitos de los acreedores de Proinco Sociedad Financiera que no estaba autorizada para captar el dinero, siendo las empresas asesoras las que recaudaron el dinero a las personas víctimas de la estafa, aun cuando la

²³ Causa No. 0318-2018, Tribunal de Alzado, 27 marzo de 2018.

actividad estaba expresamente prohibida por la Superintendencia de Bancos y, así la violaron al no cumplir sus compromisos.

Por su parte la defensa señaló que, a pesar de ser directores de las empresas relacionadas, no cometieron ningún delito, pues solamente firmaron documentos cumpliendo órdenes de Santiago R. El argumento fue acogido en voto de mayoría por dos de las tres juezas del Tribunal.

Después de haber transitado por las múltiples respuestas que ofrece el derecho ecuatoriano a la mera discusión sobre la concurrencia de la estafa, se dictó la sentencia favor de los afectados. No obstante, luego de cinco años, no todas las víctimas han recuperado su dinero. Tal es así que el comité de víctimas interpusieron el caso ante organismos internacionales como la Corte Internacional de Derechos Humanos²⁴ que es un organismo autorizado para procesar denuncias referente a la violación de derechos humanos, demostrando a las víctimas su necesidad al ser personas vulnerables, encontrándose mujeres, adultos mayores, niños y adolescentes perteneciente a los hogares que sufrieron la estafa masiva, quedando el sistema de justicia de Ecuador en entredicho si la causa prosigue ya para el 2022.

Lo más interesante de este caso es que al haber tanto afectados, que presentaban sus denuncias paulatinamente, el caso PROINCO no se resolvió en un solo proceso sino que fiscalía abrió los casos “PROINCO I” y PROINCO II”, lo que nos puede dar luces sobre cómo es en realidad la actuación de la fiscalía en este tipo de casos, y si toma en cuenta o no el principio *non bis in ídem* del que hablamos con anterioridad; me atrevería a decir que si se abrió un nuevo proceso y se dictó una nueva sentencia, se debió en gran parte a lo mediático que fue este caso, y a la cantidad tan grande de víctimas que existieron y ejercieron presión en fiscalía, de lo contrario seguramente las denuncias rezagadas ni siquiera hubieran sido tomadas en cuenta.

4.3 El Caso E-Vacation

La Sala Penal de la Corte de Justicia de Pichincha rechazó el recurso de apelación y confirmó la culpabilidad de dos ejecutivos de la empresa E-Vacations de Metro S.A.²⁵ Este caso se trata de promoción turística, la empresa engaña con ofertas de alojamiento, servicios de alimentación y bebida, transporte, y planes completos de viajes ofreciendo los paquetes a

²⁴ CIDH Corte Internacional de Derechos Humanos. Revista. 2da edición. (Costa Rica: IDH 1996) 21

²⁵ Causa No. 040-2017, Sala Penal de la Corte de Pichincha PM-CRPI- abril 2017 E-vacación metro. S.A. Superintendencia de Control del Poder de Mercados.

destinos dentro de Ecuador e internacionalmente. Este es un caso que difiere un poco de los dos anteriores porque si bien la empresa conseguía a los clientes por medio de llamadas telefónicas, hacía cobros por adelantado y no era clara al momento de explicar todos los valores que se irían descontando de las tarjetas de crédito de los clientes, los meses a los que su compra podía ser diferida o los porcentajes que se les cobrarían después por conceptos como salida de divisas, etc. Aquí se debe tomar en cuenta que a pesar de haber recibido un servicio la estafa sí se configuró; E-vacation sí entregaba a sus compradores paquetes de vacación, lo que ocurre es que tales paquetes no llenaban las expectativas de los consumidores, pues no coincidían con lo ofertado, es decir, si el cliente había pagado por un hotel 5 estrellas, se lo llevaba uno de 2, y más irregularidades por el estilo.

Los jueces en este caso establecieron una pena privativa de libertad, una multa de 40 salarios básicos unificados y reparación integral a las víctimas, mediante la devolución de su dinero de forma inmediata. Si se analiza este particular, un elemento peculiar es la pena de 8 años de prisión, además se les aplicó a los estafadores el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Mercado Registro Oficial Suplemento 555 del 13 de octubre del 2011²⁶. En este artículo se presenta lo que se considera prácticas desleales hacia el consumidor, estando para este caso el numeral 2, señalando como actos de engaño toda conducta desleal cuyo propósito, real o permisible induzca al público a decidir erradamente incluso por omisión sobre la particularidad, modos productivos o comercialización, idoneidad para ser usado, cantidad y calidad, costo, precio, términos de ventas, origen geográfico y generalmente las prerrogativas, las propiedades, provechos o situaciones correspondientes a los bienes, servicios, o negociaciones que el operador económico que realiza estos actos pone a disposición en el mercado o, persuade a error sobre las propiedades que ostenta el mencionado operador, incluso todo lo que encarna su dinámica corporativa.

Del mismo modo se concibe como acto de engaño la transmisión publicitaria de aseveraciones sobre bienes o servicios que no fuesen ciertos y cabales. La acreditación de la autenticidad y precisión de las afirmaciones publicitarias incumbe a quien las haya notificado en su atributo de anunciador. Particularmente, para la transmisión de un mensaje concerniente a particularidades comprobables de un determinado bien o servicio publicitado, el anunciador debe referir las pruebas que respalden la autenticidad del mensaje.

²⁶ Ley Orgánica y Regulación del Control y Poder del Mercado (2011) Registro Oficial Suplemento 555 del 13 de octubre del 2011.

Referente al caso de estafa E-vacation, hubo mucha intervención mediática y sobre todo en redes sociales en Ecuador, cierto que en cuanto a las conductas es un acto delictual, sin embargo la sentencia aplicó en rango de la máxima de 8 años de prisión, aun cuando está contemplado en la normativa legal ecuatoriana, los actos deben ser tipificados porque cumplan parte de lo ofertado, además debe ser los hechos planteados a los estrictamente necesarios en materia civil y mercantil, entendiendo el derecho penal como ultima ratio. En este delito de estafa se exige el dolo, esto es, la intención dirigida al fin de obtener un provecho para sí o para otro, sabiendo que los artificios o medios fraudulentos usados son suficientes para sorprender la buena fe, de otro o para inducirlo en error.

Existen circunstancias en las que se vuelve completamente imperioso amplificar alguna figura delictiva, tal es el caso de la violación, trata de personas, entre otros, también se podría estudiar la posibilidad de tomar en cuenta como atenuante, a las situaciones económicas más graves, pero esto sólo en ciertos y determinados delitos contra la propiedad, pero en algunas de las modalidades menos graves de estafa como la de E- Vacations, que si bien es cierto puede en los afectados traer consecuencias psicológicas y emocionales al verse la víctima engañada, bastaría con resarcir el daño a las víctimas, pagar las multas correspondientes y prisión pero en tiempos más reducidos.

Porque también se puede dar el caso que en varias ocasiones se presenta que se erigen sociedades o empresas con la ayuda del poder económico de personas que no se encuentran directamente inmiscuidas o de accionistas con ofrecimientos halagadores con base en estimaciones, cuentas, investigaciones, conjeturas incluso prospectivas de estadísticas que divergen, luego los efectos no corresponden a la intención incólume de los fundadores. Si en tal virtud, la sociedad o compañía no da cumplimiento a lo prometido, no se debe al dolo o mala intención de los promotores o gerentes, sino por particularidades de las que no pueden ser solucionadores, como crisis comerciales, alza de precios, aumento de tarifas aduaneras, competencia intensa u otras circunstancias emergentes, situaciones que deben probar por supuesto.

Claro, si se demuestra lo contrario, es decir que se dieron artimañas o que se utilizaron recursos falaces en el comienzo del negocio, o en su crecimiento, para engañar o defraudar, se encontraría un delito.

5. Conclusiones

El concepto de estafa en el Ecuador ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, el pasar de tener estafa simple en un corto artículo a tener en un mismo tipo penal estafa simple y estafa masiva con la entrada en vigencia del COIP, ciertamente trajo consigo muchos cambios en la forma de concebir esta conducta, en la forma en la que es analizada por los jueces y en la forma de sancionarla. El artículo 186 del COIP, al incluir la estafa masiva dentro del tipo penal, amplía el ámbito de protección de las víctimas de estafa, se adecua más a la realidad en cuanto a la graduación de la pena, y puede, por lo mismo, producir en el afectado una mayor sensación de justicia y reparación.

El desarrollo del presente artículo permite entrever que existe un problema jurídico entre la aplicación del principio *non bis in ídem* y el delito de estafa masiva, puesto que, cuando existen víctimas de este delito, que presentan su queja posteriormente al cierre del proceso penal, estas se quedan fuera del expediente y no son tomadas en cuenta al momento de dictar la sentencia a pesar de haberse visto afectadas por el mismo injusto penal.

Esto conlleva a dos factores a interpretar: por un lado, la cuantía por ejemplo, se determina de forma global y no por el daño causado individualmente a cada persona, dando cabida a los defensores para alegar que el engaño es único y el dolo también, así se ven amparados en el principio “non bis in ídem”. Por otra parte, atendiendo a los casos de estafas realizados antes del 2014 cuando aparece tipificada la estafa masiva en el Código Orgánico Integral Penal, se debe partir por aplicar la ley que más le favorezca amparado en el principio de irretroactividad, puesto que no se pueden restringir los derechos adquiridos en la ley anterior si beneficiaban; de darse la situación contraria, si perjudican al procesado se aplicaría la nueva ley, es decir que por la derogación de la norma no recobra mayor importancia en aplicación la nueva normativa, lo que se puede interpretar que es solo el fin de la vigencia de la norma anterior, pero que no debería trasgredir en los efectos pasados, por lo tanto, debe ser de una u otra manera compatible con ciertos efectos de la nueva norma.

Si bien el problema que se ha planteado es en relación al principio procesal *non bis in ídem*, cabe recalcar que es una mera exposición del mismo, más no un llamado a los jueces a dejar de aplicarlo, ni a los abogados a dejar de evocarlo. El poder sancionador del Estado necesita límites que protejan a la sociedad de la mala utilización del mismo, y toda persona, incluido los delincuentes merecen ser juzgados de acuerdo al debido proceso y no ser procesado, y peor aún castigados, doblemente por un mismo acto.

En el delito de estafa, en la modalidad que hemos venido revisando, si la conducta es en contra de dos o más personas, y solo un porcentaje de ellas presenta su denuncia y se ve incluida dentro del proceso, esto no quiere decir que, si finalmente la sentencia es condenatoria y el procesado cumple con la pena privativa de libertad, le falte un por pagar una parte de la pena, que esta deba extenderse por más de diez años o que deba ser sometido a un nuevo proceso y condenado con una nueva sentencia. Sin embargo, esto no significa tampoco que las víctimas deban quedar sin su respectivo resarcimiento por parte de quien cometió el delito, así dicta el artículo 2214 del código civil “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.” Siendo así las cosas, las víctimas que quedaron fuera del proceso penal podrían conseguir su resarcimiento y la devolución de su dinero por la vía civil, puesto que se configurarían los cuatro elementos de la responsabilidad civil: daño, hecho ilícito, nexo causal y culpabilidad. Así, perpetrador del acto paga su pena, y todo aquel que se vio perjudicado por la estafa se ve amparado por el ordenamiento jurídico y satisface sus expectativas de justicia viéndose cobijado por un sistema legal que si hace respetar sus derechos y sus intereses legítimos.