



**UNIVERSIDAD ESTATAL
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

TÍTULO:

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENALIZACIÓN DEL
DELITO DE ESTAFA, 2024**

AUTOR:

**POZO OSORIO CESAR HERNÁN - TUMBACO BARRERA HEYDY
ESTEFANIA**

TUTOR: AB. WILFRIDO GIOVANNY WASBRUM TINOCO, MGT.

LA LIBERTAD – ECUADOR

2024

**UNIVERSIDAD ESTATAL
PENÍNSULA DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y SALUD
CARRERA DE DERECHO**

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

TÍTULO:

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENALIZACIÓN DEL
DELITO DE ESTAFA, 2024**

AUTORES:

**POZO OSORIO CESAR HERNÁN
TUMBACO BARRERA HEYDY ESTEFANIA**

TUTOR:

AB. WILFRIDO GIOVANNY WASBRUM TINOCO, MGT.

LA LIBERTAD - ECUADOR

2024

APROBACIÓN DEL TUTOR

CERTIFICACIÓN

En mi calidad de profesor tutor del trabajo de integración curricular de título “**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA, 2024**”, correspondiente a los estudiantes POZO OSORIO CESAR HERNÁN y TUMBACO BARRERA HEYDY ESTEFANIA, de la carrera de Derecho, de la Universidad Estatal Península de Santa Elena; declaro que luego de haber orientado científica y metodológicamente su desarrollo, el referido proyecto de investigación se encuentra concluido en todas sus partes cumpliendo así con el proceso de acompañamiento determinado en la normativa interna, recomendando se inicien los procesos de evaluación que corresponden.

Atentamente,



.....
Dr. Wilfrido Giovanni Wasbrum Tinoco, Mgt.

TUTOR

La Libertad, 31 de mayo de 2025

CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Unidad de Integración Curricular: **“PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA, 2024”**, cuya autoría corresponde a los estudiantes POZO OSORIO CESAR HERNÁN y TUMBACO BARRERA HEYDY ESTEFANIA de la carrera de Derecho, CERTIFICO, que el contenido de dicho trabajo ha sido sometido a la validación en sistema antiplagio COMPILATIO, obteniendo un porcentaje de similitud del 9%, cumpliendo así con los parámetros técnicos requeridos para este tipo de trabajos académicos.

Atentamente,



.....
Ab. Wilfrido Giovanni Wasbrum Tinoco, Mgt.
TUTOR

VALIDACIÓN GRAMATICAL Y ORTOGRAFÍA

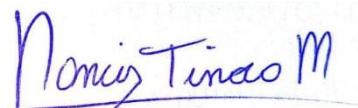
CERTIFICO

Que, he revisado el trabajo de Integración Curricular de título: “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA, 2024”, elaborado por los estudiantes de la Carrera de Derecho de la Universidad Estatal Península de Santa Elena: POZO OSORIO CESAR HERNÁN y TUMBACO BARRERA HEYDY ESTEFANIA, previo a la obtención del título de Abogados.

Que, he realizado las observaciones pertinentes en los ámbitos de la gramática, ortografía y puntuación del documento, mismas que han sido acogidas proactivamente por los mencionados señores, corroborando que han sido introducidos los ajustes correspondientes en el trabajo en mención.

Por lo expuesto, autorizo a las peticionarias, hacer uso de este certificado como a bien convengan.

Atentamente



Lcda. Nancy Del Carmen Tinoco Moreno
Magíster en Pedagogía y Desarrollo Del Pensamiento
CC: 0905984928
Registro SENESCYT: 1016R-11-11029
Teléfono 0985171146

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nosotras, **Pozo Osorio César Hernán** y **Tumbaco Barrera Heydy Estefanía** estudiantes del octavo semestre de la carrera de Derecho, de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, habiendo cursado la asignatura Unidad de Integración Curricular II, declaramos la autoría del presente proyecto de investigación, de título “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA, 2024” desarrollado en todas sus partes por los suscritos estudiantes, con apego a los requerimientos de la ciencia del derecho, la metodología de la investigación y las normas que regulan los procesos de titulación de la UPSE.

Atentamente

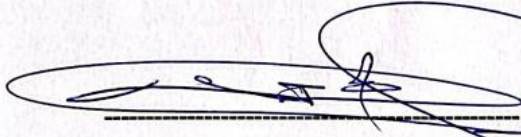


Pozo Osorio César Hernán
C.C. 2400214744



Tumbaco Barrera Heydy Estefanía
C.C. 0941275711


APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO




Ab. Víctor Coronel Ortiz, Mgt.
DIRECTOR CARRERA DE DERECHO



Ab. Andres Zuleta Araque, Mgt.
DOCENTE ESPECIALISTA



Ab. Wilfrido Wasbrum Tinoco, Mgt.
TUTOR



Ab. Brenda Reyes Tomalá, Mgt.
DOCENTE GUÍA UIC

DEDICATORIA

A Dios, por darme la fortaleza y sabiduría necesaria para concluir esta etapa académica. A mi madre MARCIA BARRERA, por su amor incondicional, su apoyo diario y su fe firme en cada una de mis decisiones y a mi padre VICTOR TUMBACO por su amor y apoyo constante.

Heydy Tumbaco Barrera

Principalmente a Dios, por ser mi guía, mi fuerza y mi mayor inspiración en cada paso de este camino. A mis padres, por su respaldo firme y constante por estar conmigo siempre presente. Especialmente a mis abuelitos LUIS EDUARDO Y ELENA JUDITH, que han sido mi mayor fuente de inspiración y fortaleza, su apoyo ha sido esenciales para alcanzar esta meta, este logro es tan mío como suyo. A mis hermanos, tíos y familiares, por su compañía constante, sus palabras de ánimo y su fe en mí durante todo este proceso. Y a todas aquellas personas que me brindaron su ayuda, su tiempo y sus conocimientos, permitiéndome crecer y alcanzar esta meta.

Para ustedes, este logro.

Cesar Pozo Osorio.

AGRADECIMIENTO

Queremos expresar nuestra profunda gratitud a nuestras familias, especialmente a nuestros padres, quienes han estado presentes en cada etapa de este largo camino. Su apoyo constante y los valores que nos inculcaron fueron esenciales para no rendirnos.

A la Universidad Estatal Península de Santa Elena, nuestro sincero agradecimiento por habernos acogido con amabilidad desde el primer día, y por brindarnos una formación académica sólida a través de docentes que son, además de profesionales ejemplares, grandes seres humanos.

Finalmente, agradecemos de manera especial al abogado Wilfrido Wasbrum Tinoco y a la abogada Brenda Reyes, por su guía, dedicación y acompañamiento durante todo este proceso. Su apoyo y conocimientos fueron claves para la elaboración de este proyecto.

César & Heydy

ÍNDICE GENERAL

PORTADA	I
APROBACIÓN DEL TUTOR	III
CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO	IV
VALIDACIÓN GRAMATICAL Y ORTOGRAFÍA	V
DECLARACIÓN DE AUTORÍA	VI
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO	VII
DEDICATORIA	VIII
AGRADECIMIENTO	IX
ÍNDICE GENERAL	X
ÍNDICE DE TABLAS	XIII
TABLAS DE ILUSTRACIONES	XIV
RESUMEN	XV
ABSTRACT	XVI
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	2
1.1 Planteamiento del problema	2
1.2 Formulación del problema	5
1.3 Objetivos de la investigación	6
1.3.1 Objetivo general	6
1.3.2 Objetivos específicos	6
1.4 Justificación	7
1.5 Identificación de variables	8
1.6 Idea a defender	9
CAPÍTULO II: MARCO REFERENCIAL	10
	X

2.1	Marco teórico	10
2.1.1	Principio de proporcionalidad	10
2.1.2	El concepto de proporcionalidad	12
2.1.3	Constitucionalización del derecho penal en Ecuador	13
2.1.4	La proporcionalidad en el Ecuador	16
2.1.5	La mínima intervención penal	18
2.1.6	Antecedentes históricos de la estafa	22
2.1.7	La estafa y sus elementos constitutivos	25
2.1.8	El delito de estafa en el Ecuador	27
2.1.9	El delito de Estafa en el derecho comparado	30
2.1.10	El bien jurídico protegido en el delito de estafa	35
2.1.11	Antecedentes históricos de la pena	38
2.1.12	La teoría de la pena	42
2.1.13	Tipos de penas	47
2.1.14	El punitivismo en el sistema penal ecuatoriano	50
2.2	Marco legal	51
2.2.1	Constitución de la República del Ecuador	51
2.2.2	Tratados y Convenios Internacionales.	52
2.2.3	Códigos y leyes orgánicas	54
2.3	Marco conceptual	60
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO		61
3.1	Diseño y tipo de investigación	61
3.1.1	Diseño de investigación	61
	Tipo de investigación	61
3.2	Recolección de la información	62
3.3	Tratamiento de la información	66
3.4	Operacionalización de las variables	67
		XI

CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	69
4.1 Análisis, interpretación y discusión de resultados	69
4.1.1 Encuestas dirigidas a abogados en libre ejercicio	69
4.1.2 Entrevista a jueces de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón La Libertad, provincia de Santa Elena	76
4.1.3 Entrevistas a fiscales de la provincia de Santa Elena	78
4.1.4 Matriz de análisis documental	80
Análisis de los resultados	83
4.2 Verificación de idea a defender	84
CONCLUSIONES	85
RECOMENDACIONES	86
BIBLIOGRAFÍA	87
ANEXOS	94

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Elementos particulares del delito de estafa	26
Tabla 2 Población	62
Tabla 3 Muestra	63
Tabla 4 Operacionalización de las variables	67
TABLA 5 PREGUNTA #1 ¿Cuáles son las principales formas o modalidades de estafa que usted considera predominan en la provincia de Santa Elena?	69
TABLA 6 PREGUNTA 2 ¿Ha patrocinado casos por delito de estafa?	70
TABLA 7 PREGUNTA 3 En delito de estafa, para la imposición de penas, ¿se debe considerar en mayor medida el perjuicio económico o solo el modus operandi?	71
TABLA 8 PREGUNTA 4 ¿Considera proporcional que a una persona se le imponga una pena de 5 años por estafar a otra en la cantidad de mil dólares y a otra persona se le imponga la misma pena al estafar por la cantidad veinte mil dólares, bajo el mismo modus operandi?	72
TABLA 9 PREGUNTA 5 ¿Considera necesaria una reforma al tipo penal estafa, art. 186 del COIP, con enfoque a la determinación de la pena según el perjuicio económico a la víctima?	73
TABLA 10 PREGUNTA 6 Si su respuesta anterior fue “sí”, selecciones las opciones de reformas del delito de estafa que considere proporcionales.	74
Tabla 11 Matriz de análisis documental	80

TABLAS DE ILUSTRACIONES

Gráfico 1 Ranking de noticias del delito recibidas, 2023	29
GRÁFICO 2 ¿Cuáles son las principales formas o modalidades de estafa que usted considera predominan en la provincia de Santa Elena?	69
GRÁFICO 3 ¿Ha patrocinado casos por delito de estafa?	70
Gráfico 4 En delito de estafa, para la imposición de penas, ¿se debe considerar en mayor medida el perjuicio económico o solo el modus operandi?	71
GRÁFICO 5 ¿Considera proporcional que a una persona se le imponga una pena de 5 años por estafar a otra en la cantidad de mil dólares y a otra persona se le imponga la misma pena al estafar por la cantidad veinte mil dólares, bajo el mismo modus operandi?	72
Gráfico 6 ¿Considera necesaria una reforma al tipo penal estafa, art. 186 del COIP, con enfoque a la determinación de la pena según el perjuicio económico a la víctima?	73
GRÁFICO 7 Si su respuesta anterior fue “sí”, selecciones las opciones de reformas del delito de estafa que considere proporcionales	74

UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA

CARRERA DE DERECHO

**Autores: Tumbaco Barrera, Heydy Estefanía -
Pozo Osorio, Cesar Hernán**

**Tutor: Ab. Wasbrum Tinoco, Wilfrido
Giovanny, Mgt.**

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA, 2024

RESUMEN

Los legisladores al momento de configurar los tipos penales se ven inducidos por un arraigado sistema punitivista, considerando que entre un marco mayor de penas se puede contrarrestar la criminalidad, aquello ha sucedido en el tipo penal de estafa en donde las penas establecidas no se toman en consideración un elemento fundamental, a saber, el perjuicio económico ocasionado a la víctima, lo supone inobservancia a la proporcionalidad de la pena por parte del legislador y como consecuencia de aquello imposibilita a los juzgadores la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos. En ese sentido, el objeto del presente trabajo es analizar la consecuencia jurídica del delito de estafa establecido en el COIP, mediante el estudio doctrinario, normativo y jurisprudencial del tipo penal, así como del principio de proporcionalidad, para la valoración de la existencia o no de la relación entre la pena y el grado de lesión que se ocasiona al bien jurídico propiedad. Para cuyo efecto se ha tomado en cuenta varios métodos científicos: método analítico, en virtud de la descomposición y recomposición de las variables establecidas; exegético, por ser un método propio de estas ciencias; el inductivo y el deductivo, para inferir criterios concretos y generales. Se verificó la idea a defender, consistente en que el delito de estafa no guarda proporcionalidad abstracta em virtud de la incidencia del sistema punitivista predominante en la legislación; concluyendo que a consecuencia de la inobservancia de la proporcionalidad impide a los jueces aplicar la conciliación en circunstancias viables.

Palabras claves: Estafa, Proporcionalidad, Delito, Patrimonio, Pena.

ABSTRACT

Legislators at the time of configuring the criminal types are induced by an ingrained punitivist system, considering that with a greater framework of penalties can counteract criminality, that has happened in the criminal type of fraud where the penalties established do not take into consideration a fundamental element, namely, the economic damage caused to the victim, which implies disregard for the proportionality of the penalty by the legislator and as a result of that makes it impossible for judges to use alternative means of conflict resolution. In this sense, the purpose of this paper is to analyze the legal consequence of the crime of fraud established in the COIP, through the doctrinal, normative and jurisprudential study of the criminal type, as well as the principle of proportionality, for the assessment of the existence or not of the relationship between the penalty and the degree of injury caused to the legal property. For this purpose, the researchers have used several scientific methods: analytical method, by virtue of the decomposition and recomposition of the established variables; exegetic, for being a method typical of these sciences; inductive and deductive, to infer concrete and general criteria. The idea to be defended was verified, consisting in the fact that the crime of swindling does not keep abstract proportionality by virtue of the incidence of the predominant punitivist system in the legislation; concluding that as a consequence of the non-observance of proportionality, it prevents judges from applying conciliation in viable circumstances.

Keywords: Fraud, Proportionality, Offence, Patrimony, Penalty.

INTRODUCCIÓN

La estafa es un delito cuyo bien jurídico a protegido es el patrimonio, el mismo que cuenta con varios elementos fundamentales, a saber: el engaño o ardid, error, disposición patrimonial por parte del sujeto activo y el perjuicio patrimonial por parte del sujeto pasivo o víctima. En ese sentido, el presente trabajo investigativo gira en torno a análisis la forma de tipificación del tipo penal estafa en Ecuador, el marco de la pena establecida en ella y la relación que debe guardar con el principio de proporcionalidad, utilizando para el efecto el método científico adecuado y oportuno para alcanzar los objetivos planteados en la misma. En capítulo primero denominado “El problema de la investigación”, el lector de servirá a encontrar el planteamiento y formulación del problema, es decir, la descripción generalizada del problema temático y su justificación, así como cuáles son los objetivos claros que finalmente fueron alcanzados y por último la idea a defender.

Con relación segundo capítulo “Marco referencial”, se encuentra constituido por el marco teórico, legal y conceptual. Naturalmente, en el teórico se encontrará todo el sustento doctrinario pertinente y actualizado relacionado a varios temas como: el principio de proporcionalidad, la estafa y sus elementos fundamentales, el patrimonio, la teoría de la pena y otros conceptos y antecedentes de instituciones jurídicas descompuestas para su conocimiento prolijo. El marco legal lo constituye todo el sustento normativo nacional e internacional referente a la estafa y la proporcionalidad y, por último, el conceptual que estratégicamente servirá para contextualizar términos necesarios para la comprensión del trabajo en general.

En el capítulo tercero se servirá a encontrar la metodología aplicada, es decir, la determinación del diseño y tipo de información, la terminación de la población y muestra donde, a través de las técnicas pertinentes, se ha realizado el levantamiento de la información.

Por último, en el capítulo cuarto se encuentra plasmado los resultados de la investigación, obtenido a través del análisis, interpretación y discusión de los resultados, verificándose la idea a defender planteada, infiriendo conclusiones y recomendaciones válidas y objetivas.

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema

El término de proporcionalidad en mundo del derecho tiene diversas acepciones según la materia y la imperiosa necesidad de su aplicación en casos concretos, pudiendo ser determinada por ejemplo como un medio de interpretación jurídica; una garantía constitucional y legal e inclusive ser concebido como un principio. Justamente para el desarrollo de esta investigación, de esta última acepción es que gira en torno la problemática, es decir, sobre el principio de proporcionalidad en materia penal al aplicarse una pena en concreto.

Desde la existencia del hombre hasta la actualidad se han presentado hechos sociales que responden a idea de superposición de los intereses de un particular sobre el otro, estos hechos cuando son ejecutados de manera ilegítima, afectando lo que hoy en día se conoce como bienes jurídicos, imperiosamente requieren de una reacción sancionatoria. En la antigüedad, posterior a la simple y pura vendetta, estuvo vigente lo recogido en el Código de Hammurabi de 1700 A.C. que regulaba entre otros aspectos la parte sancionadora, bajo la “Ley del Talió”, que buscaba un castigo no equivalente, sino semejante o igual al daño causado.

En ese sentido, los antecedentes históricos evidencian que, a partir de la humanización de las sanciones o penas, emerge la proporcionalidad como una de las primeras instituciones jurídicas que ha venido siendo desarrollada por filósofos y juristas de renombre.

En tal sentido, concuerda la jurista (Rojas, 2009) “el origen del principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, ya que, en la obra de Platón, Las Leyes, se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. (p. 276). Este y otros filósofos hacían apología a la humanización de la pena y sobre su proporcionalidad.

Pero, más allá del pensamiento filosófico, su materialización y aplicación puede ser remontado desde la jurisprudencia alemana, a partir de la vigencia de la “Ley Fundamental de Bonn de 1949” en el que a través de sentencias constitucionales se determinó que la proporcionalidad es un principio constitucional que debe ser aplicado en todos los actos de poderes públicos y en lo que concierne a las penas prohíbe el exceso sancionador.

Posteriormente, la concepción de la proporcionalidad con fundamento a la reciente declaración de derechos humanos post segunda guerra mundial, fue indiscutiblemente determinado como un principio constitucional, el mismo que fue adaptándose en el resto del continente europeo, América y el resto del mundo.

Particularmente, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se la puede ubicar en el artículo 76, referente a las garantías básicas del debido proceso, concretamente en su numeral 6 donde se establece: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En consecuencia, por mandato constitucional, el Código Orgánico Integral Penal vigente recoge este principio constitucional como una base de los motivos para la expedición de dicha ley orgánica, puesto que en un derecho penal constitucionalizado “debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En este contexto, el máximo órgano de interpretación de la carta magna ecuatoriana, a través de sus sentencias ha señalado que este principio “exige que exista una adecuada correspondencia entre la sanción y la conducta o categoría de conductas que se reprochan, para que esta no sea excesiva atendiendo a la gravedad de la infracción” (Corte Constitucional, 2021), pudiéndose entender también como un mecanismo limitar el poder punitivo del Estado.

Ahora bien, con todo lo desarrollado con relación a este principio en su parte dogmática, normativa e inclusive jurisprudencialmente que someramente se ha señalado en líneas anteriores; existe un problema generalizado que trastoca la esencia de este principio, puesto que en materia penal prevalece la tendencia de incrementar las penas, encubriéndolas como política criminal, aquello que responde al fenómeno del populismo penal.

Particularmente, esta tendencia negativa de centrarse en el incremento de penas no permite reevaluar la consecuencia jurídica de algunos tipos penales ya establecidos, como en el caso del delito de estafa, para así garantizar una verdadera proporcionalidad en las penas.

El tipo penal de estafa se encuentra establecido en el artículo 186 del COIP, en el que se establece 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 el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

El delito de estafa se configura cuando a través artfulugios una persona hace creer bajo promesa o juramento de que determinados hechos se van a concretar, perjudicando patrimonialmente a quien ha caído en error provocado o también de un tercero cuando el primero es quien tiene a su poder el patrimonio perjudicado.

Como se puede observar las penas establecidas para este tipo es de privación de libertad de cinco a siete años, no obstante, el mismo articulado establece la posibilidad de aplicar la pena máxima en algunos supuestos de hecho. Existe una pena más rigurosa cuando el perjuicio económico es igual o mayor a cincuenta SBU, siendo en este caso de diez a doce años de prisión. En un sentido contrario, en el supuesto de hecho de que personas vendan boletos que sobrepasen el aforo de un evento determinado, se establece una privación de libertad de treinta a noventa días.

Con la revisión de la norma se puede verificar que el quantum punitivo se determina en mayor o menor medida según el móvil o forma en la que se induce a error al sujeto pasivo, más que en el perjuicio económico obtenido.

Siendo entonces el patrimonio el bien jurídico protegido en este tipo penal, la proporcionalidad de la pena debe responder más allá del grado de participación y la forma en cómo se consuma, por lo que “Se debe tener en cuenta la importancia del bien jurídico-penal afectado, la cercanía y el grado de lesión o peligro concreto (previsibles ex ante), así como el número de bienes implicados” (Pena & Pérez, 2024, pág. 355). En otros términos, el injusto penal debe aplicarse desde un enfoque diferente, que responda a la magnitud del bien jurídico protegido, es decir, en cuanto más es el daño patrimonial a la víctima mayor debe ser la pena, lo que consecuentemente daría como resultado una correcta aplicación del principio de proporcionalidad.

Por último, se sostiene que existe un problema de proporcionalidad con relación a las penas establecidas en el delito de estafa, por lo que la aplicación del injusto penal desde este enfoque busca a su vez que la posibilidad de garantizar la mínima intervención penal, ya que al reconsiderar la disminución de la pena en casos en el que el perjuicio económico sea menor a treinta salarios básico unificado del trabajador en general, posibilitaría la

susceptibilidad de conciliación entre las partes, priorizando la justicia restaurativa en favor de la víctima.

1.2 Formulación del problema

¿En qué medida la penalización del delito de estafa establecido en el Código Orgánico Integral Penal garantiza el principio de proporcionalidad?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Analizar la consecuencia jurídica del delito de estafa establecido en el COIP, mediante el estudio doctrinario, normativo y jurisprudencial de este principio constitucional, para la valoración de la proporcionalidad existente entre la pena y el grado de lesión que se ocasiona al bien jurídico propiedad.

1.3.2 Objetivos específicos

Revisar el principio de proporcionalidad en materia penal, a través de la doctrina, norma y jurisprudencia, para el conocimiento de su origen, desarrollo y naturaleza jurídica.

Comparar la tipicidad del delito de estafa de diferentes sistemas penales a través de la comparación jurídica, para la descripción de las diferencias punitivas entre sí.

Evaluar la pena del delito de estafa en el Ecuador mediante la comprensión de la doctrina, procesamiento de criterio de jueces, fiscales, juristas y diversos instrumentos de investigación, para la valoración de la proporcionalidad al ser aplicada.

1.4 Justificación

El principio de proporcionalidad en materia penal de América Latina y particularmente en Ecuador se ha venido concibiendo al menos desde la doctrina y jurisprudencia de que la pena establecida en un tipo penal debe ser equivalente al bien jurídico lesionado, no obstante en la realidad jurídica, con las últimas reformas al Código Orgánico Integral Penal se observa una tendencia punitivista, es decir, la tendencia de incrementar más las penas para contrarrestar la criminalidad de determinados delitos.

Uno de estos casos en que se prevé el punitivismo es en la aplicación de la pena en el delito de estafa, es por ello que este trabajo se justifica en la necesidad de realizar un estudio metodológico desde la perspectiva antes señalada, para poner de manifiesto el modelo punitivista que denota el derecho penal criminal ecuatoriano, utilizando la penalidad establecida en este delito como objeto de estudio y variable principal. Este delito al ser de resultado, es decir, que requiere que el bien jurídico protegido sea lesionado para que se constituya, en este caso es la propiedad, por lo que metodológicamente es importante realizar la revisión desde esta arista.

Este modelo punitivo hace que desde la práctica el principio de proporcionalidad sea inobservado al momento de revalorizar las penas en delitos ya establecidas, como en el caso del delito de estafa, es por ello necesario agotar desde la doctrina y la jurisprudencia el concepto y los elementos que constituyen el principio de proporcionalidad, para que desde esta óptica desentrañar que este principio va más allá de la simple retórica de la semejanza y relación de la pena a aplicar con la gravedad del delito cometido.

A su vez, este trabajo servirá como instrumento de consulta, al abordar los temas de la proporcionalidad en materia penal, así como de la institución jurídica de la pena, naturaleza jurídica y finalidades. Constituirá punto de partida para investigaciones venideras al plantearse ideas que metodológicamente pueden ser comprobadas.

1.5 Identificación de variables

Variable independiente:

Principio de proporcionalidad

Variable dependiente:

Penalización del delito de estafa

1.6 Idea a defender

Las penas establecidas en el delito de estafa, Art 186 del COIP, no considera el grado de afectación al bien jurídico debido a la incidencia del sistema punitivista en el Ecuador; por lo que la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de penas en concreto lograría que estas guarden relación con el grado de afectación o perjuicio económico ocasionado a las víctimas.

CAPÍTULO II: MARCO REFERENCIAL

2.1 Marco teórico

2.1.1 Principio de proporcionalidad

Antecedentes históricos de la proporcionalidad

La proporcionalidad dentro del ámbito jurídico es un término polisémico como anteriormente se ha planteado, por lo que, por ejemplo, en materia constitucional es concebido como un medio de interpretación de los preceptos normativos y en otras ramas del derecho es concebido como un principio o garantía; por lo que es pertinente iniciar indicando que en esta investigación se centrará en la proporcionalidad como una garantía de aplicación con relación a sus penas.

Hecha la contextualización terminológica de la proporcionalidad, es menester comenzar desarrollando cuál es el origen de esta. En ese sentido es preciso remontarse desde el inicio de la existencia del hombre, puesto que desde siempre el hombre ha tenido intereses personales que superponen de manera ilegítima a los intereses de los otros, perjudicándolos de alguna manera y generando conflictos en donde imperaba la ley del más fuerte y las sanciones eran simple y pura vendetta sin medición alguna.

Posteriormente, con el apareamiento de las primeras civilizaciones en la antigua Mesopotamia, entró en vigor en dicho territorio el Código de Hammurabi, el cual se estima que fue promulgado el año 1700 A.C., la misma que regulaba entre otros aspectos la parte sancionadora, bajo la “Ley del Talión”, que buscaba un castigo no equivalente, sino semejante o igual al daño causado con base al aforismo, ojo por ojo y diente por diente.

Sin embargo, en este contexto no se puede determinar algún indicio del apareamiento de la proporcionalidad, sino hasta el comienzo de la humanización de las sanciones o penas, así como de los postulados expuestos por filósofos y juristas de renombre

En tal sentido, concuerda la jurista (Rojas, 2009) “el origen del principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, ya que en la obra de Platón, Las Leyes, se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. (p. 276).

Existieron otros juristas como Montesquieu, quienes sostenían fervientemente la necesidad de cambiar políticamente el sistema sancionatorio en la época de la ilustración de Francia y la teoría que desarrolló para ese efecto fue la de dividir los poderes del Estado para que los reyes sean despojados del poder legislativo y judicial, contraponiéndose a la arbitrariedad y absolutismo estatal.

Consecuentemente, el jurista en mención, en determinadas obras influyó sobre la importancia de las sanciones establecidas en la ley, estableciendo que las mismas deben ir más allá de la simple sanción, sino que esta deben tener una utilidad social, así como de la necesidad que de su aplicación debe ir en virtud y en medida de la lesión de los derechos de las víctimas.

Un último filósofo jurista a revisar someramente es Marqués de Beccaria, este jurista concuerda y sigue la línea de Montesquieu con relación al cambio de paradigma y fundamento de la pena, es decir, sobre su utilidad y de un derecho penal con principios y garantías. En ese mismo sentido sostuvo que, a quien le concierne establecer una correcta proporción de pena es al poder legislativo, siendo los juzgadores quienes deben someterse a la aplicación de la consecuencia jurídica previamente establecida.

Este y otros filósofos hacían apología a la humanización de la pena y sobre su proporcionalidad.

Más allá del pensamiento filosófico, referencialmente su aparición puede ser determinada en la época de la Ilustración, es decir, a partir del Siglo XVIII se dejó de lado el totalitarismo del poder punitivo inquisitivo que ostentaba la Iglesia en complicidad con el Estado, donde las penas tenían un carácter deshumano y cruel por considerarlo como la materialización del pecado por parte del pecador, el mismo que a través de estas sanciones debían ser redimidos. Sino que, por el contrario, se optó por acuñar las proporciones de los pensadores de esa época para humanizar las penas; ese sentido concuerda la jurista Caiza Katty que:

En el siglo XVIII el derecho penal se humaniza con valiosos pensamientos e ideologías de grandes tratadistas y precursores que aportaron para el surgimiento de un nuevo sistema criminal basado en la razón. Se establecen principios orientadores con los cuales se codifican nuevas leyes penales (...).

(Caiza, 2023, pág. 17)

Pero concretamente la proporcionalidad recogida textualmente en un ordenamiento jurídico se remonta a la jurisprudencia alemana, a partir de la vigencia de la “Ley Fundamental de Bonn de 1949” o más conocida como la ley de Bonn, en donde Alemania se declara una república federalista, siendo el Tribunal Federal Constitucional el que a través de sentencias constitucionales determinó que la proporcionalidad "se trata de un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del estado de derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos" (Arnold y otros, 2012).

En ese espacio temporal, la concepción de la proporcionalidad fue determinada indiscutiblemente como un principio, teniendo como fundamento a la declaración de derechos humanos post segunda guerra mundial, por lo que fue adoptada en los ordenamientos jurídicos del continente europeo, americano y el resto del mundo.

2.1.2 El concepto de proporcionalidad

Establecido el desarrollo histórico de la proporcionalidad en materia penal, es necesario acercarnos a una definición que en medida de lo posible abarque el alcance y naturaleza jurídica.

Con estas intenciones, el reconocido jurista Raúl Zaffaroni con relación a este punto sostiene que “el principio de proporcionalidad impone pautas de decisión a los órganos estatales que enfrentan la colisión de principios y/o bienes jurídicos con el objeto de armonizar su satisfacción” (Zaffaroni, 2006, pág. 217). En ese sentido, se puede verificar que esta definición no se circunscribe a la materia penal y está direccionada la función que cumple la proporcionalidad al momento de resolver, con el enfoque de medio de interpretación más no a la imposición de las penas.

Por su parte el jurista Javier Tocto sostiene que la proporcionalidad es “el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)” (Tocto, 2012, pág. 83). Es decir, que la proporcionalidad es considerada en dos vías, a saber, al momento de la configuración de la pena llevada a cabo por el legislador a través del ejercicio cognitivo necesario; y, en un segundo momento el cual es cuando se aplica la proporcionalidad por parte de los juzgadores en casos en concreto dentro de los rangos establecidos por el tipo y otros aspectos que deben

ser considerados por el juzgador, como atenuante, agravantes, nivel de participación, entre otros.

Tanto la aplicación en abstracto y en concreto la constituye la intervención penal del Estado, así como ambas persiguen intereses en doble vía. La primera es la relacionada con un interés general o social, puesto que se supone que con la aplicación de la proporcionalidad se busca que las sanciones sean idóneas, suficientes, necesarias y cumplan a posterior un fin de prevención delictiva. Por su parte el segundo es el relacionado con el interés particular, el cual persigue asegurar que dicha pena no sea excesiva y consecuentemente se respete la seguridad jurídica.

Por su parte el jurista Javier Tocto, sostiene que en “El Derecho Penal moderno ha establecido como una característica fundamental de la pena, la proporcionalidad con la infracción, es decir el establecimiento de un criterio de igualdad entre el delito y la sanción aplicada a aquél” (Tocto, 2012, pág. 65). Por lo que se puede decir que en la actualidad la esta institución jurídica es de indispensable consideración por parte de los legisladores que aducen tener un derecho penal con postulados vigente y funcionales a la exigencia social actual.

2.1.3 Constitucionalización del derecho penal en Ecuador

A partir de la Constitución de Montecristi 2008, el ordenamiento jurídico sufrió un cambio de paradigma, principalmente por la transformación Estatal social a un Estado Constitucional de Derechos, en el que en términos generales se ratifica que el andamiaje jurídico debe darse a la luz, respeto y apego a la Constitución. Es decir, que todo el actuar del poder político sea esta derivada de cualquier función del Estado, debe regirse por los preceptos, principios, garantías y derechos constitucionales establecidas en la Carta Suprema.

Lo antes mencionado se funda de alguna manera por lo establecido por la CRE, en el apartado de los principios por lo que se rige el ejercicio de los derechos, en su artículo 11 numeral 3, en el que se establece que “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En concordancia con lo que manda en su artículo 424, esto es, que la norma suprema debe prevalecer por encima de cualquier otra de rango infra constitucional.

En ese sentido, cuando existan normas que se contrapongan a los preceptos constitucionales, posterior a un control constitucional, estas pueden fácilmente pueden ser declaradas como inconstitucionales y en consecuencia perderían eficacia jurídica al ser expulsados del ordenamiento jurídico.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico y las disposiciones antes citadas se fundan en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico, aspecto que destaca en un ordenamiento constitucionalizado y que consiste en que todas las normas independientemente de la materia que regule, deben regirse bajo la norma suprema y la promulgación de normas jurídica nuevas deben tener como fuente y fundamento la CRE.

Desde esta perspectiva, el derecho penal tampoco se ha eximido de ajustarse a ese proceso de constitucionalización y parte de ello consistió en promulgar una nueva ley, al verificarse que el antiguo Código Penal era caduco para las exigencias de los preceptos constitucionales, a saber, el Código Orgánico Integral Penal, que a su vez amplió el ámbito de aplicación a, es decir, más allá de ser la norma sustantiva, también constituye la norma adjetiva y de ejecución.

En esta línea, el COIP recoge determinados principios del cual se debe regir el debido proceso penal, señalando a su vez que estos principios, a saber: inocencia, favorabilidad, duda a favor del reo, legalidad, igualdad, no empeorar la condición del proceso, entre otros; sin embargo, advierte que no son los únicos principios aplicables, sino que además se debe reconocer otros principios que establece la Constitución, lo cual denota la trascendencia que tiene la Constitución en materia penal. Entonces, es menester indicar en qué medida de lo aplicable en el proceso penal, debe aplicarse lo que establece la Constitución en su artículo 76 referente al debido proceso.

Ahora bien, el debido proceso puede ser conceptualizado como un derecho constitucional abstracto que contiene a su vez una serie derechos constitucionales y principios, que tiene de finalidad que, en este caso, que el proceso penal cuente con las garantías mínimas de un Estado Constitucional de principio a fin, garantizado por un juez competente e imparcial.

Al respecto del debido proceso, sostiene el jurista (Osorio, 2012) que el debido proceso:

no sólo se trata de una garantía constitucional, que tiene por finalidad evitar el error judicial, sino fundamentalmente evitar que se condene a un inocente, ya que no

se puede indagar la verdad histórica de los hechos a cualquier precio, lo que fue propio del sistema inquisitivo.

(Osorio, 2012, pág. 51)

En concordancia con lo antes citado, se puede decir que de fondo el debido proceso, en concreto, evita en este caso que los procesos penales no tengan como desenlace sentencias o resoluciones arbitrarias.

Entre estas garantías se encuentra la proporcionalidad, que concretamente se la puede ubicar en el artículo 76, número 6, en donde taxativamente se establece: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En consecuencia, por mandato constitucional, el Código Orgánico Integral Penal vigente recoge este principio constitucional como una base de los motivos para la expedición de dicha ley orgánica, puesto que en un derecho penal en proceso de constitucionalización “debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En síntesis, parte de la constitucionalización del derecho penal en el Ecuador, concierne en ajustarse en su mayor medida a los preceptos constitucionales y que el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado sea aplicado con la utilidad restaurativa en concordancia con la proporcionalidad entre el daño causado.

Por último, con relación al proceso de constitucionalización del derecho penal, pese a la promulgación del COIP que relativamente se la puede denominar como nueva y como en todas las leyes al intentar aplicarla muchas veces se presentan conflictos de incongruencias, vacíos, lagunas y antinomias entre sí o entre la Constitución.

La solución a estos problemas jurídicos es la aplicación de la interpretación constitucional del cual se encuentra encargada los jueces y principalmente la Corte Constitucional en el control del cual está facultado, esta interpretación se encuentra establecida en el Código Orgánico de la Función Judicial como un principio rector del cual se rige la justicia, específicamente en su artículo 6, que establece:

Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación Constitucional.

(Asamblea Nacional del Ecuador, 2009)

En esa línea, la propia Constitución ha establecido que la interpretación de la norma jurídica, independientemente de la materia que sea, debe ser llevada a cabo de manera que favorezcan la norma constitucional y denoten el respeto del constituyente. En ese sentido, es menester indicar que la interpretación de la norma constitucional imperiosamente se lo debe hacer por su literalidad, las misma que incluye un alcance general de todas las disposiciones contenidas en ella. De modo que la norma jurídica penal y en general toda norma infra constitucional debe ser interpretada en función del principio de la supremacía constitucional e interpretación integral de la misma.

2.1.4 La proporcionalidad en el Ecuador

La proporcionalidad como principio constitucional

Como se ha sostenido en líneas anteriores, la proporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al formar parte de un elemento del debido proceso establecido en el artículo 76 de la CRE y al ser recogido como base de motivación para la promulgación de la norma penal vigente, ha alcanzado el estándar de garantía constitucional. En consecuencia, esta garantía en el Ecuador ha obtenido un desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial que es pertinente revisar.

Conceptualmente, la proporcionalidad puede ser concebida como la relación ajustada a la razonabilidad de la pena establecida por el legislador y el delito consumado, al bien jurídico violentado o el grado de culpabilidad; no obstante, el alcance conceptual que se ha señalado no abarca suficientemente a plenitud su significación y naturaleza jurídica.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad va más allá de la determinación de una pena justa, sino que también se funda y constituye como un límite al poder sancionador del Estado al establecer penas razonables del cual se inviste el legislador; así como se funda en la necesidad y utilidad de establecer penas con fines sociales específicos, lo cual tiene estrecha relación a su vez con el principio de mínima intervención penal recogido como precepto constitucional.

Es por ello tener presente que el legislador al establecer las penas tiene un papel preponderante, puesto que este “no reforma, crea y define las leyes a su discrecionalidad, sino que, al hacerlo, debe someterse a los lineamientos previos constitucionales y evaluar, valorar y sobre todo justificar su actuar” (Villacreses, 2018, pág. 95), es decir, que en el

estricto ejercicio científico, debe demostrar la necesidad del establecimiento de una pena y la expectativa del efecto en positivo que se pretende alcanzar.

La Corte Constitucional respecto de la proporcionalidad

Ahora bien, el máximo órgano de interpretación constitucional, a saber, la Corte Constitucional de Ecuador, ha desarrollado este principio a través de la jurisprudencia en aras de garantizar un derecho penal constitucionalizado, por lo que es menester someramente revisar las mismas.

En consonancia respecto al rol del legislador al aplicar la proporcionalidad, la Corte ha ratificado que la facultad legislativa:

No es ilimitada y sin restricciones, pues debe desarrollarse sin exceder sus potestades demarcadas en la CRE y circunscribirse a determinar aspectos de la esfera de la legalidad que no transgredan el marco constitucional ni restrinjan los derechos y garantías constitucionales.

(Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 22)

Entre estas limitaciones en término generales la constituyen los preceptos constitucionales, pero en concreto y pertinentemente en materia penal en relación con el problema planteado en esta investigación, este limitante es el principio de proporcionalidad. En esta línea contextual, la Corte Constitucional ha determinado en Sentencia No. 2137-21-EP /21 que este principio:

Constituye una de las garantías del debido proceso que actúa como un límite al poder punitivo, tanto al momento de configuración normativa de las distintas infracciones y sanciones, como en el de su aplicación durante el ejercicio concreto de la potestad sancionadora.

(Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 36)

El argumento planteado por la Corte desentraña la parte esencial del concepto amplio de proporcionalidad, es decir, de aquella función limitadora del derecho de castigar que ostenta el Estado. Ahora bien, en la cita que antecede también se establece que la proporcionalidad no solo es aplicada por el legislador al diseñar las penas a través del ejercicio de racionalidad, sino que también es aplicada por la autoridad jurisdiccional en cada caso en concreto, valorando sus particularidades, pero sin salirse del rango de penas ya establecidas por la norma penal.

Con lo expuesto, se puede deducir que la autoridad jurisdiccional no solo se limita a una aplicación automática de la pena por la simple disposición de la norma, sino que también debe existir un ejercicio cognitivo y valorativo de por medio, en ese sentido, la Corte ha sostenido pertinentemente que “El principio de proporcionalidad no se restringe a la relación entre infracción y pena. La proporcionalidad se aplica a todas las consecuencias que se derivan de la imposición de una pena” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 6).

Esto quiere decir que en la valoración para la interposición de las penas llevada a cabo por los juzgadores deben tomar aspectos relevantes como las circunstancias atenuantes o agravantes en cada caso en particular, en otros términos, sobre las circunstancias establecidas en el capítulo cuarto, título y libro primero del Código Orgánico Integral Penal.

Por ejemplo, si la persona investigada dentro de un proceso colabora de forma trascendental, suministrando información relevante para esclarecer los hechos investigados y dicha circunstancia puede ser corroborada y justificada frente al juzgador, este último tiene la obligación de realizar el ejercicio de razonamiento, tomando de referencia el rango de penas establecidas en el tipo penal en cuestión, así como de la circunstancia que permite contrarrestar la gravedad de la pena en garantía de una correcta aplicación del principio de proporcionalidad.

Esta y otras circunstancias no solo atenuantes sino también agravantes se deben analizar según corresponda, así como la existencia de las propias circunstancias que se establezca inclusive en el tipo penal que se investiga. Estos factores y circunstancias entran en el juicio valorativo que el juez realiza al momento de interponer una sanción.

2.1.5 La mínima intervención penal

La literatura jurídica ha desarrollado varias instituciones jurídicas en aras de establecer un derecho penal garantista, entre esas instituciones se encuentra el principio de mínima intervención penal, tal desarrollo que ha podido materializarse en varios ordenamientos jurídicos como en el ecuatoriano.

En términos doctrinarios la mínima intervención penal, conforme lo establece el jurista colombiano, puede ser definido como:

“un límite al ius puniendi estatal que consagra la necesidad de fragmentar la acción penal, valorar los bienes jurídicos por proteger, dirigir el poder sancionador hacia los daños graves a importantes bienes jurídicos y actuar sólo en aquellos casos en que

las demás herramientas administrativas, religiosas, educativas, etc., no hayan sido efectivas para alcanzar el objetivo propuesto”.

(Monroy, 2013, pág. 28)

En el que se sostiene que este principio ostenta tres principales características, siendo estas: la fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad.

Con respecto a la primera característica puede ser entendida como aquel debe estatal, en aras de garantizar la justicia social y la paz, de establecer como punibles las conductas que atenten sobre estas máximas del derechos penal; por su parte las subsidiariedad constituye que dicha establecimiento de la conductas como punibles sean correctamente examinadas para ser determinadas como tal y así no llegar a un abuso estatal; y, por último la proporcionalidad, principio que ha venido siendo desarrollado a lo largo de este apartado y variable principal de la investigación.

En ese sentido, se puede determinar que la mínima intervención penal es el principio de coadyuva, en consonancia con la proporcionalidad, que el Estado no caiga en abuso de su deber de castigar, siendo que su intervención solo puede darse en casos en donde la violación de bienes jurídicos irreversiblemente han respectivo en el mundo exterior, generando un cambio social negativo en concreto.

Ahora bien, esta institución jurídica ha sido recogida por el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir del cambio de paradigma constitución de 2008, siendo que esta inclusión forma parte del proceso de constitucionalización del derecho penal. En ese sentido, la CRE en el apartado relacionado con la Fiscalía General del Estado y sus funciones, sostiene concretamente que esta entidad “durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), por lo que de manera congruente, el COIP complementa en su artículo 3 sosteniendo que “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En esta línea, la mínima intervención penal de fondo determina que la utilización de ius puniendi del Estado es de última ratio, es decir, es el último recurso al que se debe optar, puesto que si existen otros métodos aplicables estos serán procurados a ser utilizados, es por ello menester realizar una revisión somera al respecto de estos métodos.

Los medios alternativos de solución de conflictos en el derecho penal

En consonancia con lo antes expuesto, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en sus siglas MASC, en general medios aplicables por el derecho en ramas determinadas, mayormente en el derecho privado, sin embargo, también pueden ser aplicados en el derecho público como en materia penal.

Estos mecanismos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentran plenamente reconocidos y clasificados, entre los cuáles se encuentra la mediación, conciliación, transacción, entre otros, pero cada uno con particularidades que lo diferencian.

Ahora bien, en términos generales, las MASC pueden ser definidos como una salida extrajudicial a los conflictos sociales, cuya finalidad es que sin necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales las partes involucradas puedan finiquitar de manera pacífica y coherente la misma, lo que resultaría beneficioso al caracterizarse como rápida y eficaz.

Ahor bien, en materia penal, la MASC reconocido por la ley de la materia es la conciliación, la misma que puede ser definido como:

Un mecanismo destinado a prevenir y solucionar los conflictos constituido por un conjunto de actuaciones realizadas por las partes y el conciliador, que no tiene poder de decisión y ante el cual recurren los primeros en busca de un acuerdo, proponiendo si fuera necesario formulas conciliatorias que las partes pueden rechazar o aceptar.

(Cuadra, s.f., pág. 13)

Ahora bien, es menester indicar que por ser la conciliación un método alterno, esto no significa que el desarrollo de esta y su desenlace carezca de efectos jurídicos, sino todo lo contrario, es un acto jurídico de plena validez, pero con mínimas formalidades. Así mismo que quien hace las veces de conciliador no propone ni mucho menos decide sobre la forma de dar por culminado un proceso, sino todo lo contrario, son las partes involucradas quienes bajo voluntariedad deciden cuáles son los términos de la conciliación en caso de arribar y someterse a esta. En esta línea la Corte Constitucional en Sentencia N.º 12-19-CN/19 ha determinado que:

La conciliación es un mecanismo lato sensu para terminar el proceso y, si bien el juzgador tiene la facultad de facilitar un arreglo entre las partes, el juzgador no puede bajo ningún aspecto obligar a las partes a conciliar.

(Corte Constitucional, 2019, pág. 6)

En términos generales los beneficios que se obtienen al someterse a un MASC es principalmente el ahorro del tiempo y, consecuentemente, recursos puesto que el proceso judicial es reducido hasta la etapa en el que se decidió someterse a estos medios; existe una decisión tomada por las partes involucradas, por lo que el cumplimiento de las obligaciones contraídas tiene grandes expectativas de ser cumplidas o en el mejor de los casos dichas obligaciones ya quedan finiquitadas.

Ahora bien, como se ha manifestado, el Código Orgánico Integral Penal reconoce la conciliación para ser aplicada, sin embargo, la misma no tiene cabida en algunos casos, siendo sus limitantes la siguientes: por la gravedad de la pena establecida en el tipo penal, estos es cuando la pena máxima es de cinco años de privación de libertad; en materia de tránsito cuando exista pérdidas humanas o graves lesiones a las mismas; cuando se vulnere el bien jurídico propiedad y el perjuicio patrimonial supere los treinta salarios básicos; y, por último, en un serie de delitos que la ley establece como sumamente graves y así evitar la impunidad.

Existe un beneficio en la conciliación en materia penal adicional al que precedentemente se ha mencionado y es que el ahorro del tiempo y recurso no solo es a favor de las partes involucradas, sino también al Estado, lo que consecuentemente da como resultado la posibilidad de que las autoridades jurisdiccionales se centren en los casos en donde realmente se necesite su intervención, coadyuvando al descongestionamiento de un sistema judicial evidente.

A criterio de este autor, en la conciliación en materia penal no implica que las víctimas renuncien al resarcimiento de los derechos que le han sido vulnerados, por lo que la conciliación guarda estrecha relación con la justicia restaurativa.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha definido este tipo de justicia como:

Una metodología que busca reparar el tejido social, resolver y mitigar las consecuencias negativas de una ofensa con la participación activa de las partes del conflicto y con la comunidad. Los procesos de justicia restaurativa parten de la idea de que un delito o infracción no solo viola las leyes, sino que hiera a las víctimas y a la comunidad, por eso enfatizan en la reconciliación, en identificar, atender y reparar colectivamente los daños causados a las personas y a las relaciones mediante el diálogo entre todas las partes del conflicto.

(Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 10)

Por lo que el tercero llamado mediador no puede alejarse de esta esencia de la conciliación y de los derechos de la víctima en términos generales, es decir, por ejemplo, en vulneraciones al bien jurídico patrimonio, la conciliación en mayor medida de lo posible debe ser resarcido el perjuicio patrimonial. Así, cuando exista daño moral, la conciliación debe atender a la reparación integral material simbólica que cabe.

En ese orden de ideas, el jurista Víctor Gualcapi, ha sostenido que:

la justicia restaurativa y la conciliación se relacionan y conectan para lograr sus fines, de tal manera que la justicia restaurativa requiere de la conciliación para reparar el daño, convirtiéndose en la herramienta o mecanismo, mientras que, la conciliación tiene sentido cuando se perfecciona el resarcimiento del daño causado

(Gualcapi, 2022, pág. 18)

En ese sentido, se puede deducir que, no puede existir una conciliación plena si no aplica una justicia restaurativa que, en medida de lo posible pueda reparar integralmente a quien ha sufrido detrimento a su bien jurídico.

Ahora bien, en materia penal, cuando no es posible aplicar la conciliación en casos en concretos, y se por la insuficiencia de voluntariedad de las partes involucradas o por impedimento legalmente establecido; solo así el Estado debe optar con su intervención jurisdiccional, es decir, con su facultad de sancionar y ejecutar lo que sanciona, por ser su último recurso.

Lo desarrollado es pertinente por cuanto se podrá verificar en lo posterior, que en el delito de estafa existe ese impedimento legal de aplicar la conciliación y justicia restaurativa por el máximo del quantum punitivo que establece el tipo; pese a una posible existencia de voluntariedad de las partes en arribar a una conciliación plena con fines restaurativos.

2.1.6 Antecedentes históricos de la estafa

En virtud de ser el delito de estafa la segunda variable a describir es menester que por razones metodológicas revisar los antecedentes históricos del delito de estafa en general para posteriormente hacer énfasis en el estado situacional de este tipo en el Ecuador y cómo está regulado.

La estafa se encuentra clasificado dentro de los delitos en contra del patrimonio, sin embargo, este tipo penal tiene su particularidad con relación a los otros delitos dentro de esta misma clasificación, a saber, el hurto, robo, extorsión etc.

En ese sentido, en los delitos en mención, el común denominador observable al sujeto activo es que este lo comete de una forma más directa y desafiante. En esta línea, con relación al hurto el sujeto lo realiza aprovechándose de la situación de desventaja y vulnerabilidad de la víctima, sin utilizar la violencia, pero con actuar directo en las cosas; por su parte en el robo lo que prima es la violencia sobre las cosas o sobre el bien que se pretende sustraer, de la misma manera en aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima; y, por último, en la extorsión el sujeto activo intermedia la intimidación, amenaza e inclusive la aplicación de tratos crueles para la sustracción de las cosas.

En esa orden de ideas, se puede determinar una diferencia sustancial de estos tipos penales con relación al delito de estafa, puesto que en estos últimos prima al aprovechamiento de la vulnerabilidad del sujeto pasivo, por cuanto en el delito de estafa lo que se intermedia para su consumación es la viveza, inteligencia, locución, entre otros atributos propios de estas personas para inducir al engaño a sus víctimas en perjuicio de su patrimonio, así como la habilidad de no elevar indicios de sospecha de sus verdaderas intenciones.

Ahora bien, referente a los antecedentes históricos, la estafa ha sido una de las conductas recogidas por lo primeros existentes en la historia de la humanidad, por lo que tiene un complejo antecedente histórico y que generalmente se lo remonta al Derecho Romano, sin embargo los indicios de tipificación y sanción pueden ser remontados mucho antes de aquello, “este delito ha sido reprimido desde muy antiguo como es dable constatarlo, por la Ley Babilónica, el Avesta Persa, el Libro del profeta Amos, El Corán y los Códigos de Manú” (Montenegro, 1978, pág. 217).

Sin embargo, de lo expuesto, tampoco se puede quitar mérito al andamiaje jurídico desarrollado en Roma, puesto que entre estos se encuentra la tipificación de los delitos cuya esencia rectora es la de inducir a error a las víctimas, tipificado dentro de los grupos de delitos como fraude, verbigracia y el crimen *stellionatus*.

En esta etapa primigenia del delito de lo que vendría hacer el delito de estafa, desde ya se se establecía la sanción correspondiente, así como la restitución de los bienes apropiados ilegítimamente, en aquella época inclusive se aplicaba la pérdida de los derechos civiles de manera permanente.

Ya en la edad media, el delito de estafa se consideraba un delito que atentaba contra la confianza y de la fe de la sociedad y en particular contra la víctima que sufría el perjuicio, se concebía como el engaño para la obtención de un beneficio patrimonial. Desde esta época

se consideraba una clasificación según el perjuicio patrimonial, determinándose como una estafa mayor cuando de por medio existía un perjuicio de gran patrimonio, en contraste a una estafa menor cuando dicho patrimonio no era tan considerable, por lo que las penas se aplicaban según ese aspecto en particular, sin embargo es menester recordar que en esta etapa las sanciones de los delitos se caracterizaban aún por ser degradantes e inhumanas, pues se aplicaba incluso la pena de muerte en casos extremos, es decir no existió una proporcionalidad y utilidad de la pena propiamente dicha y desarrollada como actualmente se exige.

Ahora bien, un de las tipificaciones del delito de estafa que conceptualmente abarca grandes aristas y elementos propios del tipo, fue la establecida en el Código Penal de 1810, concretamente en su artículo 405 que:

Los que, por dolo o por medio de falsos nombres o de falsas empresas, o de un crédito imaginario, o de esperanzas, o de temores quiméricos, hubieren abusado de la credulidad de cualquier persona, y estafado la totalidad o una parte de su fortuna, serán perseguidos por los tribunales del distrito; y si la estafa es probada, el tribunal del distrito, después de haber condenado por las restituciones y los intereses provenientes de los daños, está autorizado a condenar por vía de policía correccional, a una multa que no podrá exceder de cinco mil libras, y a prisión que no podrá exceder de dos años.

(Ministerio de la Guerra, 1810, pág. 86)

Para la fecha en la que se tipificó este tipo penal, se puede considerar como novedosa por cuanto hace referencia a la posibilidad de sancionar a quienes estafaban a través de simulación de existencia de personas jurídicas, siendo utilizadas para inducir a error a sus víctimas.

De la misma manera, se puede verificar que a esa fecha ya se aplicó la humanización de las penas, puesto que la sanción correspondía a privación de libertad hasta máximo de dos años, así como el resarcimiento del daño causado, estos y otros elementos posteriormente fue acogido por las leyes penales de los diferentes ordenamientos jurídicos de Europa, América y el resto del mundo.

2.1.7 La estafa y sus elementos constitutivos

Ahora bien, es importante revisar la estafa en sus conceptos y los elementos que son el denominador común en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo.

Con lo expuesto, es menester empezar con la definición, en ese sentido, la Real Academia Española, define a la estafa dentro del campo del derecho como “Delito consistente en provocar un perjuicio patrimonial a alguien mediante engaño y con ánimo de lucro” (Real Academia Española, 2014).

La definición antes mencionada recoge los dos elementos que imprescindiblemente deben llevar una definición no compleja, esto es, con referencia al perjuicio al patrimonio de la víctima y el medio general con el que se consigue dicho perjuicio, es decir el engaño e inducción a error.

Por su parte, en el diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas se define la estafa como “Delito en que se consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza. Apoderamiento de lo ajeno con aparente consentimiento del dueño, sorprendido en su buena fe o superado en su malicia. Falsa promesa; ofrecimiento incumplido” (Cabanellas, 1979, pág. 126). En esta definición se puede observar estos dos elementos recogidos en la primera, no obstante, lo aborda de una forma más amplia, considerando ciertos aspectos como la existencia de falsas promesas. Ahora bien, esta definición a su vez hace referencia a la existencia confianza ofrecida hacia el sujeto activo por parte del pasivo, sin embargo, en varias legislaciones, como la ecuatoriana, cuando existe este elemento ya no constituye delito de estafa, sino un tipo penal independiente con sus propios elementos y verbos rectores, esto es, el tipo penal de abuso de confianza.

Con todo lo expuesto, se puede colegir que el delito de estafa se configura cuando a través artilugios una persona o sujeto activo del delito hace creer bajo promesa o juramento de que determinados hechos se van a concretar, perjudicando patrimonialmente a quien ha caído en error provocado o también de un tercero cuando el primero es quien tiene a su poder el patrimonio perjudicado. Es importante indicar que estos artilugios a su vez se pueden concretar por personas con atributos propios de su personalidad o aptitudes desarrolladas de este.

Ahora bien, una vez desarrollado el acercamiento del delito de estafa, corresponde revisar cuáles son los elementos que lo constituyen, en virtud de la demanda que conlleva los objetivos y la metodología aplicada. De las conceptualizaciones establecidas, se desentrañan

elementos esenciales que pueden clasificarse como elementos objetivos y elementos subjetivos:

Tabla 1

Elementos particulares del delito de estafa

Elementos objetivos	Elementos subjetivos
<ul style="list-style-type: none">- El engaño;- El error;- La disposición patrimonial; y,- El Perjuicio.	<ul style="list-style-type: none">- El ánimo de lucro; y,- El dolo.

Nota: Esta tabla muestra los elementos objetivos y subjetivos del delito de estafa. Fuente: (Salazar Juan, 2008, pág. 40)

Con lo expuesto es importante abordar de manera breve en qué consiste cada elemento que ha sido precedentemente clasificado. Sin embargo, es importante indicar para una mayor comprensión, en la doctrina se conoce como elementos objetivos a la conducta que se puede ser percibida o materializada en lo exterior por parte del sujeto activo y por su parte los subjetivos se refieren a elementos cognitivos manejados por el agente para perpetrar o cometer el delito.

Ahora bien, concretamente a los elementos objetivos de la estafa, en primer lugar, se tiene: el engaño, el mismo que en términos generales consiste en la creación de hechos como verdaderos cuando no lo son, es decir, por ejemplo, simular la existencia de negocios o activos que en la vida real no existen; posteriormente la existencia de un error ocasionado por la recepción por parte del sujeto pasivo, recepción de estos hechos percibidos como reales. Con relación a estos dos elementos debe existir una causalidad ocasionada a la segunda por la primera, es por ello por lo que este delito se constituye como de resultado, teniendo en cuenta los otros elementos.

Ahora bien, referente a la disposición patrimonial, también es un elemento consecutivo a la inducción al error, puesto que de ello la víctima de manera libre y voluntaria, sin coacción violenta alguna hace entrega de cualquier activo económico en favor del estafador, siendo que este último dispone para sí sin restricción alguna de dicho patrimonio. Por último, el último elemento objetivo es el perjuicio económico, el mismo que es el resultado de este camino delictivo, es decir la afectación al bien jurídico protegido que es el patrimonio, es importante indicar que no siempre el que es inducido a error es quien sufre la lesión, puesto

que este puede ser solo un tercero quien ostenta la cosa ajena que entrega voluntariamente. Algo similar sucede en el tipo penal, puesto que el perjuicio económico ocasionado puede ser en favor de un tercero.

Ahora bien, con relación a los elementos subjetivos de este tipo están: el ánimo de lucro y el dolo, los mismos que se encuentran estrechamente relacionados entre sí. Con relación al primero, es menester indicar que esto constituye el principio y fin de la comisión del delito, es decir, el objeto del sujeto activo es el beneficio patrimonial ilegítimo; en consonancia, el sujeto activo actúa con premeditación y con conocimiento objetivo, por lo que se constituye a su vez el dolo como elemento subjetivo.

2.1.8 El delito de estafa en el Ecuador

Anteriormente el Código Penal de 1971, vigente hasta la promulgación del COIP, establecía el delito de estafa en su artículo 563 de tal manera:

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.

(Código Penal, 1971)

Así como se determinaba la aplicación máxima de la pena cuando el sujeto activo usaba como medio la utilización de los medios digitales para su consumación.

Sin embargo, se puede verificar que el contenido del tipo penal era muy general, así como de que su gravedad punitiva era inferior a la establecida por el Código Orgánico Integral vigente:

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

(Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Como se puede observar las penas establecidas para este tipo es de privación de libertad de cinco a siete años, es decir que en contraste a código anterior este es más punitivo y en ese mismo sentido el articulado en cuestión establece la posibilidad de aplicar la pena máxima en algunos supuestos de hecho.

En el contexto de este articulado, existe una pena más rigurosa aun cuando el perjuicio económico es igual o mayor a cincuenta SBU, siendo en este caso de diez a doce años de prisión. En un sentido contrario, en el supuesto de hecho de que personas vendan boletos que sobrepasen el aforo de un evento determinado, se establece una privación de libertad de treinta a noventa días.

Con la revisión de la norma se puede verificar que el quantum punitivo se determina en mayor o menor medida según el móvil o forma en la que se induce a error al sujeto pasivo, más que en el perjuicio económico obtenido.

Existen otras diferencias importantes que aportan la nueva tipicidad establecida y es la de dejar de lado el elemento del abuso de confianza en la víctima, ya que este elemento ha sido desarrollado como un tipo penal independiente con sus propios elementos objetivos y subjetivos, así como la pena a aplicar.

A su vez, con tipicidad establecida en el COIP, una ampliación del elemento objetivo de engaño, ya que en este caso no se cumple este elemento cuando se confecciona el hecho falso, sino que también se configura cuando de cierta manera se deforma la verdad o se oculta los hechos que sí son reales. En ese mismo sentido se amplía el elemento objetivo del perjuicio patrimonial, en virtud de que exclusivamente el sujeto activo no se circunscribe a quien induce a engaño a la víctima, sino que también podría alcanzar a un tercero que puede no intervenir en el camino del delito, pero es quien a fin de cuentas se beneficia patrimonial de este perjuicio.

Ahora bien, con afán de un acercamiento al estado situacional de este delito, se tiene:

Gráfico 1

Ranking de noticias del delito recibidas, 2023

Delito	Número de ndd's	Porcentaje del total
Robo	104.568	27,30%
Intimidación	30.210	7,89%
Violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar	26.720	6,98%
Estafa	24.395	6,37%
Extorsión	21.802	5,69%
Hurto	18.090	4,72%
Lesiones causadas por accidente de tránsito	16.010	4,18%
Daños materiales	13.044	3,41%
Abuso sexual	9.241	2,41%
Asesinato	9.043	2,36%
Otros hechos penales	109.945	28,70%
Total de noticias del delito	383.068	100%

Nota: Este gráfico muestra el ranking de noticias de delitos recibidas en Ecuador, año 2023.

Fuente: Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales, 2023

En este sentido, se puede deducir con la lectura de la gráfica que la estafa es el cuarto delito del cual más se ha abierto investigaciones por parte de Fiscalía, ya sea esta de oficio o por denuncia interpuesta. Es menester indicar asimismo que se puede deducir que la recurrencia de este delito es uno de los fundamentos por lo cual se ha incrementado las penas.

En esta línea contextual, la Fiscalía General del Estado, a través del Boletín No. 281, ha determinado que los casos de estafa que más se suscitan en Ecuador son: “Compra o intercambio de artículos en internet o redes sociales. Estafa piramidal (se considera un tipo de estafa masiva). Compraventa de vehículos robados en las fronteras con Colombia y Perú. Compraventa de autos clonados. Compraventa de automotores con documentos falsos” (Fiscalía General del Estado, 2019, pág. 2).

Sin embargo a todo lo expuesto, siendo el patrimonio el bien jurídico protegido en este tipo penal, la proporcionalidad de la pena debe responder más allá del grado de participación, la forma en cómo se consume, así como de su la recurrencia por parte de los sujetos activos; sino que “Se debe tener en cuenta la importancia del bien jurídico-penal afectado, la cercanía y el grado de lesión o peligro concreto (previsibles ex ante), así como el número de bienes implicados” (Pena & Pérez, 2024, pág. 355). En otros términos, la pena en estos casos debe responder proporcionalmente al grado de perjuicio patrimonial ocasionado.

De manera concordante, sostiene al respecto de este tipo penal el jurista (Estupiñan, 2023) “no le exige tener en cuenta el monto del perjuicio ocasionado a la víctima, o la afectación

a su derecho a la propiedad, por lo que se puede afirmar que no se aplica de manera adecuada el principio de proporcionalidad” (pág. 7968).

En definitiva, se puede sostener que existe un problema de proporcionalidad con relación a las penas establecidas en el delito de estafa, lo que trae a su vez como consecuencia, por ejemplo, la imposibilidad de que las partes lleguen a una conciliación cuando el perjuicio económico es relativamente leve.

2.1.9 El delito de Estafa en el derecho comparado

España

En España, la ley sustantiva que establece los tipos penales y la penas en cada una de ellas es la Ley Orgánica 10/1995 promulgada el 23 de noviembre de ese año, más conocido como el Código Penal Español.

Con relación al tipo penal estafa, este cuerpo normativo establece en su artículo 248 lo que podría ser un acercamiento de definición, al prescribir que “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” (Ley Orgánica 10/1995, 1995). Estableciéndose en primer término que la pena establecida va desde los seis meses a tres años, sin embargo, en este mismo articulado se determina que para la adjudicación de la pena deben tomar en cuenta, entre otros aspectos, “el importe de lo defraudado y el quebranto económico causado al perjudicado”, aspecto fundamental del cual se centra la problemática en el contexto ecuatoriano.

En ese sentido, se puede sostener que el castigo impuesto por el delito de estafa fluctúa en función de los escenarios en los que se realizó el hecho, además del valor del perjuicio a las víctimas. Los articulados específicos al fraude o estafa exponen distintas sanciones las mismas que responden a los factores a los cuales se aducen.

El articulado *ibídem* inclusive establece penas mucho menos graves en vista que cuando el perjuicio patrimonial no es mayor a 400 euros, imponiendo tan solo penas pecuniarias, lo que se denomina penas de multas, prescindiendo de la privación de libertad. Las multas que se imponen evidentemente van de la mano con la reparación o resarcimiento del perjuicio ocasionado a la víctima.

En el contexto ecuatoriano, como se ha manifestado en líneas anteriores, también existe un escenario en el cual la estafa se sanciona de forma leve, sin embargo este escenario no toma

en consideración el perjuicio o detrimento ocasionado, sino sobre la forma en cómo se configura la estafa, siendo esta la emisión de boletos sobre el aforo establecido por la autoridad competente, en el contexto de conciertos y demás eventos de concentración masiva, donde la pena a imponer va desde los treinta a noventa días de privación de libertad. Regresando al escenario español, el aspecto relacionado al importe de lo perjudicado para la imposición de penas se ve plenamente identificado por cuanto en el artículo 250 del código ibídem determina que cuando el monto de lo estafado supere los cincuenta mil euros, la pena a aplicar va desde uno a seis años; ahora bien, cuando el monto patrimonial perjudicado supera los 250.000 euros, la pena va desde los cuatro a ocho años de privación de libertad. A priori, se puede deducir que, en el sistema penal español, con relación a la imposición de las penas al verificarse la consumación del delito de estafa, se toma mucho en cuenta el perjuicio económico ocasionado por el sujeto activo del delito.

Ahora bien, en el Código Penal español este delito se encuentra tipificado dentro de la sección de los delitos contra el patrimonio, por lo que es menester tener en cuenta un aspecto diferenciador entre el bien jurídico protegido en el sistema penal ecuatoriano, puesto que en este último se determina taxativamente que el bien jurídico protegido es el derecho a la propiedad.

En ese sentido, de manera concreta, se puede sostener que el contraste entre patrimonio y propiedad se encuentra en su definición y amplitud. El primero alude a la generalidad de bienes, derechos y responsabilidades que tiene una persona, sea natural o jurídica, entonces, es una perspectiva más extensa que abarca tanto activos como pasivos. En cambio, la propiedad hace referencia concretamente al derecho de tener, utilizar y tener acceso a un bien específico.

Concuerda el jurista (Herrera, 2014) “El patrimonio está constituido por dos elementos: activo y pasivo. El activo está formado por cosas, créditos y derechos. El pasivo está conformado por las cargas, deudas, obligaciones y deberes” (pág. 90), por otra parte, el jurista, Nino referente a la propiedad señala que la misma “no es más un conjunto de actos ejercidos sobre cosas. El propietario usa y goza de una cosa, la mejora, la degrada, etc. Ser propietario no es mas que ejercer sobre un bien” (Nino, 1989, pág. 57).

Entonces, el criterio diferenciador radica en el alcance, por lo que se puede deducir que el patrimonio es la generalidad y la propiedad la especie, consecuentemente que, en el sistema

penal español al menos desde el punto denominativo, pretende ofrecer una protección más amplia con relación al sistema penal ecuatoriano.

El Salvador

Ahora bien, en la república de El Salvador, la norma que tipifica las conductas delictuales es el Código Penal promulgado por la Asamblea Legislativa a través del Decreto No. 1030 de 1973, la misma que ha alcanzado una serie de reformas a la fecha.

Con relación al tipo penal que atañe en esta investigación, la estafa se encuentra tipificada en el artículo 215 de la ley antes mencionada, en el que recoge en una especie de definición normativa, ya que menciona de forma implícita varios elementos como el error, el engaño, disposición ilegítimo patrimonial y el perjuicio a la víctima, propios del tipo delictual estafa, determinando que las penas van desde dos a cinco años, siempre que el perjuicio sea mayor a doscientos colones salvadoreños.

El articulado ibídem en su segundo inciso determina cuáles son los aspectos que el juzgador debe tomar en cuenta al momento de determinar las penas, siendo la siguientes: “la cuantía del perjuicio, la habilidad o astucia con que el agente hubiere procedido y si el perjuicio hubiere recaído en persona que por su falta de cultura o preparación fuere fácilmente engañable” (Código Penal, 1973).

Es decir que, de manera taxativa determina en primer lugar que el primer aspecto a tomar en cuenta es el monto de perjuicio ocasionado a la víctima y consecuentemente a otros aspectos como el móvil que desarrolla para perpetrar el hecho.

Sin embargo a las penas antes mencionadas, existen otras causales que agravan la sanción, puesto que el articulado 216 determina que las penas pueden ir desde cinco a ocho años de privación de libertad cuando: el fraude cae en bienes indispensables para la subsistencia de la víctima, ocasionando grave crisis económica en ellos o en sus familias; cuando se media cheques o falsificación de firmas en entidades financieras; cuando recae el perjuicio recae en seguros para su cobro indebido y cuando se medie de medios tecnológicos.

Sin embargo, entre los aspectos a considerarse para la interposición de la pena, será el perjuicio económico ocasionado, por lo que corresponde al juzgador determinar a través de un análisis exhaustivo cuál será la pena que más se ajuste al hecho criminal.

Ahora bien, es importante señalar tomar en cuenta si los medios alternativo de solución de conflictos tienen un papel trascendental en este contexto, estos mecanismos se encuentran

regulados por la norma adjetiva penal, es decir, del Código Procesal Penal de 1998, promulgada por la Asamblea Legislativa a través del decreto 733, el mismo que en su artículo 38 deja el abanico abierto de cuáles son los tipos penales susceptibles a conciliación como modo de extinguir la acción penal, no existiendo prohibición expresa a la estafa como susceptible a la misma.

Al respecto de la conciliación, de manera concordante sostienen los juristas salvadoreños (Alas y otros, 2014):

La institución de la conciliación, atendiendo a la rama del derecho en que se aplica tendrá diversa naturaleza jurídica, y en materia penal equivale a la sustitución del proceso, a través de la conciliación se detiene el proceso iniciado y cumplidos los acuerdos conciliatorios se extingue la acción.

(Alas y otros, 2014, pág. 21).

Sin embargo, es importante recalcar que tal como se encuentra establecida la conciliación y la susceptibilidad de acogerse a la misma en el delito de estafa, no se dispone prohibición alguna, es decir, no importa la cantidad del perjuicio económico defraudado para que sea susceptible a la misma. A diferencia del sistema penal ecuatoriano en el que se imposibilita arribar a conciliación ya que la pena va desde los cinco a siete años de privación de libertad y una de las causales de procedencia establecidas en el artículo 663 es que la pena máxima tipificada no debe exceder de los cinco años.

Es por ello que, en la actualidad, el gobierno a través del Ministerio de Seguridad ha solicitado formalmente al legislativo que parte de una reforma al Código Procesal Penal se considere la exclusión de este tipo penal en la conciliación, debido a su recurrencia.

A criterio de este autor, se considera que no se debe excluir a la estafa dentro la conciliación como medio para la extinción penal en su totalidad, sino que deben ser solo susceptibles para determinado monto patrimonial afectado y sobre qué recae el perjuicio; es decir, no deben ser susceptibles a conciliación cuando se trate de una elevada cantidad de dinero, cuando se trate de bienes públicos o cuando se trate de reincidencia.

México

Con relación a la república mexicana, es menester indicar que la norma sustantiva que tipifica y regula el poder sancionador es el Código Penal Federal, promulgada por el

legislativo el 14 de agosto del 1931, la misma que es aplicable para todos los Estados federales, teniendo varias reformas a la fecha.

En dicha norma se encuentra tipificado el delito de fraude como el equivalente al delito de estafa, determinando en su artículo 386 que “Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido” (Código Penal Federal, 1931).

Las penas aplicables para este tipo penal, con la revisión normativa, se puede verificar que tiene como principal factor el monto del perjuicio patrimonial ocasionado a la víctima, estableciendo como una especie de escala que, a mayor perjuicio económico ocasionado, mayor sería la pena por dictarse.

Entonces, el articulado 386 en mención, determina que este delito se sanciona de la siguiente forma:

- I.- Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;
- II.- Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10, pero no de 500 veces el salario;
- III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

(Código Penal Federal, 1931)

Si bien es cierto, en artículos siguientes también se determina las formas en cómo se puede dar los fraudes o los modos operandi, las penas aplicables siempre se regirán al monto de lo defraudado del artículo 386 en mención.

Ahora bien, es importante señalar que, este tipo penal en México se persigue a través de querrela, es decir, inicia con la interposición de la denuncia respectiva ante el ministerio público. Este aspecto es relevante, puesto que el reglamento del Centro de Mediación que rige para todo el poder judicial señala que la admisión a los medios alternativos

En lo que respecta a comportamientos delictivos, se permitirá la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos en aquello que se inician a través de querrela; no obstante, en los tipos penales que se pueden perseguir de oficio, únicamente el acuerdo del resarcimiento del perjuicio ocasionado será susceptible a estos medios.

El jurista mexicano Pascual Hernández define dentro del contexto del sistema penal mexicano a la mediación de la siguiente manera:

un método de gestión de conflictos, en donde dos personas (víctima u ofendido y ofensor o imputado), apoyadas y asistidas por el Mediador, que fungirá como el guía que facilite la comunicación entre las partes, deciden dar solución a la controversia penal derivada de la comisión de un delito.

(Hernández, 2016, pág. 109)

En otros términos, el método alternativo de resolución de controversias aspira a proporcionar un método más eficaz y menos conflictivo para solucionar disputas que derivan de la comisión de crímenes, siempre que sean admisibles.

En ese sentido, es importante señalar que precisamente el delito de fraude en México es un delito que se persigue a través de querrela por lo que, consecuentemente, este sí es susceptible de la mediación penal siempre y cuando la pena a establecer no supere los cinco años de privación de libertad, es decir, en últimos términos, responde al monto del perjuicio económico defraudado o estafado, según la escala del articulado 386 del Código Penal mexicano.

En este orden de ideas, se puede sostener que el tema de la mediación penal en el tipo penal de fraude en el Estado mexicano tiene un papel importante que guarda relación con la magnitud con la que interviene el Estado, siendo de última ratio aplicar el derecho de castigar, volviéndose cada vez más importante en el campo del derecho penal y sobre todo de la justicia reformativa.

Entonces, con todo lo expuesto en el contexto mexicano, se puede determinar que en contraste al sistema penal ecuatoriano, con relación al tipo penal fraude o estafa; el Estado mexicano denota en sentido positivo mayor proporcionalidad y correlación de este principio con las sanciones, enfocándose a que en a mayor perjuicio económico ocasionado, mayor será las penas a aplicar y no en el modus operandi o formas de perpetrar el delito, como se visualiza en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.

2.1.10 El bien jurídico protegido en el delito de estafa

Si bien es cierto, en línea precedentes se ha establecido una breve conceptualización del bien jurídico protegido en el delito de estafa, es importante realizar un abordaje un poco más amplio, empezando por el origen etimológico del mismo, descendiendo de conceptualizaciones y las discrepancias que existen entre los juristas para establecer qué bien

jurídico exactamente es el que se protege en este delito, no sin antes repasar de someramente lo que se entiende por bien jurídico protegido.

El bien jurídico puede ser definido como un “interés vital que preexiste al ordenamiento normativo, pues tales intereses no son creados por el derecho sino que éste los reconoce, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos (...) interés que es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico” (Kierszenbaum, 2009, pág. 189).

En ese sentido se puede sostener que los bienes jurídicos son aquellos elementos propios e intrínsecos de los seres humanos que son reconocidos por la norma penal al momento de tipificar delitos y que dicho reconocimiento a través de la norma forja la denominación de bienes jurídicos.

Estos bienes jurídicos son fundamentales para que las personas puedan desarrollarse y tener una vida digna, por lo que el acontecimiento de conculcación de uno de estos hace que el Estado active el derecho de castigar o ius puniendi con la finalidad de resarcir en medida de lo posible estos intereses llamados bienes jurídicos.

Ahora bien, conceptualizado el bien jurídico, corresponde desarrollar qué bien jurídico protege en sí el delito de estafa o fraude como en otros sistemas penales lo han determinado, en ese sentido, es pertinente citar al jurista Farto Hernán quien sostiene:

Que el bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio ajeno en cualquiera de los elementos integrantes de éste, ya sean bienes muebles o inmuebles, derechos, dinero, representación de capitales, que puedan constituir el objeto material del delito.

(Farto, 2021, pág. 138)

Entonces, según la definición antes mencionada, el bien jurídico es el patrimonio, sin embargo, es menester señalar que, al menos en el sistema penal ecuatoriano, legalmente en el Código Orgánico Integral Penal se encuentra dentro de los delitos en contra del derecho a la propiedad. Entonces, es importante recalcar lo que someramente se ha señalado con antelación con relación a la diferenciación entre estos dos términos.

Por una parte, el patrimonio puede ser definido como todos los bienes muebles o inmuebles de una persona, así como el derecho que tiene de disponer a su arbitrio, todos los activos, pero también los pasivos. Ahora bien, con relación a la propiedad, este constituye de forma

similar los derechos reales que una persona ostenta en sus bienes, sin embargo, la propiedad se circunscribe a los activos más no a los pasivos.

En ese sentido, se puede señalar a manera de diferenciación que el patrimonio es el género, por tanto, la propiedad es la especie, es decir el primero es una institución que conceptualmente abarca elementos de manera más amplia en contraste al primero, por lo que en definitiva no puede existir discusión sobre si es correcto determinar que la estafa protege el patrimonio o la propiedad, porque de forma correcta se puede aseverar la protección de las dos.

Sin embargo, a todo lo expuesto, existen juristas que expresan que la tipificación del delito de estafa no solo protege este bien jurídico, sino también a otros, entre estos está el jurista (Montalvo, 2009, como se citó en Fernández, 2019) “considera que el delito de estafa presenta en sí un componente falsario, y, con ello, que la norma pueda perseguir la evitación de conductas engañosas como perturbadoras de la buena fe requerida en las relaciones sociales” (pág. 13).

Es decir, que este autor considera que el delito de estafa a más de lesionar el bien jurídico patrimonio o propiedad, por su particularidad de del móvil para perpetrar el hecho a diferencia de los otros delitos que vulneran el mismo bien jurídico, tales como el robo, el hurto, extorsión etc; también vulnera la buena fe y la libertad de decisión.

Al respecto sostiene el jurista (Salazar, 2008) que:

en tan particular delito la entrega de la cosa se la hace por parte de la propia víctima, empero esa entrega adolece de un evidente vicio cual es el error en el que se encuentra ésta en virtud del ardid esgrimido por el agresor, particular que lo diferencia además de la extorsión, pues si bien en ella la entrega la hace la víctima el vicio del consentimiento que sufre constituye fuerza moral o física.

(Salazar, 2008, pág. 30)

Pese a ello es importante indicar que en virtud que la estafa es un delito de resultado, es decir, que su perpetración se basa en la generación de un resultado o efecto concreto, siendo en este escenario es el daño económico o daño patrimonial a la víctima; no se puede sostener que exista otro bien jurídico adicional como la buena fe o la libertad de decisión.

Lo antes mencionado se funda en el camino del delito, ya que primigeniamente se utiliza el engaño o ardid en el que se encuentra inmerso el dolo, el acto de disposición y el perjuicio

patrimonial, es decir, si no existe uno de estos elementos no se podría determinar la consumación del tipo.

2.1.11 Antecedentes históricos de la pena

Edad antigua

Para efectos metodológicos, es necesario abordar temas relacionados a la temática expuesta, en virtud de que la misma se centra en la valoración de proporcionalidad de la pena, a saber, sobre la pena y la teoría que se ha desarrollado sobre ella a través del tiempo.

Uno de los primeros cuerpos normativos que reguló, entre otros aspectos de la vida cotidiana como la conducta delictual, fue el conocido Código de Hammurabi, el mismo que es de estudio fundamental para quienes se forman para las ciencias jurídicas, establecido en la antigua Babilonia cerca del año 1754 a.C. por el rey Hammurabi, que gobernó desde cerca de 1792 a.C. hasta 1750 a.C. Este código es conocido por su énfasis en la justicia y la regulación de la vida diaria en la sociedad babilónica.

Este código que fue conocido por su orientación hacia la justicia determinó entre sus postulados el conocido principio que a través del tiempo ha sido utilizada como un aforismo, a saber, ojo por ojo, diente por diente, esto significaba que la pena debe ser semejante (no proporcional) al daño causado, aunque en la práctica, las penas podían variar según la clase social de la víctima y del perpetrador. Es decir que, si una persona le privaba de la vida a otra, este también tenía que ser privado del mismo.

Este código también tenía un apartado en el que protegía la propiedad en contra del robo, hurto, así como también castigaba “la venta del objeto robado y la alteración de pesa y medidas” (Zamora, 2015, pág. 171). Esto se debe a que en ese tiempo el cuerpo normativo se enfocaba en el contexto del comercio que era en el principal motor económico y era en donde mayormente se presentaba el fraude. En este caso, parte de la pena consistía en resarcir lo defraudado y a su vez se aplicaba una serie de multas.

Parte importante del contexto de la edad antigua y el desarrollo de la pena, es el papel que tuvo el imperio romano. En este se desarrolló varias instituciones importantes del derecho en general, entre estas las instituciones jurídicas penales como lo es la pena. En ese sentido, sostiene la jurista (Aramburu, 2023):

La aplicación de las penas, al principio, cuando se sancionó la Ley de las XII Tablas, fue vinculada con lo religioso. No podía ser de otra manera porque todo lo vinculado

a los romanos, la naturaleza y sus instituciones se amparaban en los dioses que por mucho tiempo rigieron sus destinos.

(Aramburu, 2023, pág. 700)

La Doce Tablas también fue uno de los cuerpos normativos de gran trascendencia, puesto que, entre las novedades para esa época con relación a la pena, era la diferenciación de aplicación de estas cuando se trataba de delitos de carácter público y privado, aquella diferenciación que también fue hecha por este código. Las sanciones podían ser físicas, como el castigo corporal, o restrictivas de la libertad. El castigo capital se imponía a crímenes serios, y se empleaban técnicas como la crucifixión.

De manera discordante, se sostenía que este tipo de condenas era de carácter espiritual y religioso, lo que era necesario para que los dioses puedan redimir lo que se concebía como un pecado, sin embargo, las penas eran aún inhumanas y degradantes que llegaban a acabar con la vida de quienes eran condenados.

Edad Media

En la época medieval, la sanción se fundamentaba principalmente en la ley canónica y en la tradición. Las sanciones eran rigurosas y en ocasiones abarcar tratos inhumanos y degradantes como torturas, mutilaciones y asesinatos públicos. Frecuentemente, la iglesia gestionaba la justicia, y el concepto de pecado se reflejaba ampliamente en la definición de las sanciones.

En otros términos, durante la Edad Media, la pena se basaba en gran medida en dos aspectos principales, a saber, la ley canónica y en la costumbre. Las penas eran severas y podían incluir torturas, mutilaciones y ejecuciones públicas. La justicia era principalmente administrada por la iglesia, y el concepto de pecado estaba muy presente en la determinación de las penas.

Los delitos más graves se encontraban: la herejía, que era básicamente la enseñanza errónea y contradictoria a los principios bíblicos; la blasfemia, la afrenta manifiesta en contra de Dios; la apostasía, el abandono de la fe cristiana; así como los delitos morales que se relacionaban con las conductas sexuales.

Sin embargo, existían otros delitos que eran menos graves, que se castigaban con multas y castigos físicos. Entre esos castigos corporales se encuentra “la pena de azotes se generaliza

en la Alta Edad Media, apareciendo como castigo de las lesiones o para las panaderas que defraudaban el peso” (Zambrana, 2005, pág. 11).

En sentido general, las penas tenían un sentido espiritual y temporal. Entre las sanciones espirituales están la excomunión, suspensión de sacramentos y las penitencias que se fundamentaba en la posibilidad de reconciliarse con Dios, es decir, a través de aquello se redimía el pecado; por el contrario, las penas temporales la privación de libertad e inclusive la a muerte en casos de los delitos graves antes mencionados.

Renacimiento y Modernidad

Ahora bien, en el renacimiento o en la modernidad, esto es, alrededor de los siglos XV y XVII, el sistema penal sufrió transformaciones significativas en continente europeo, marcadas por la reaparición de la atención en la academia, educación e investigación, ciencia, filosofía y el humanismo. Este periodo se distinguió por un cambio desde los métodos medievales hacia perspectivas más organizadas y lógicas en la gestión de la administración de justicia, sobre todo en materia penal.

A este periodo también se lo denomina el iluminismo, al respecto de este periodo con relación al derecho penal sostiene el jurista (González, 1999):

Las bases de este iluminismo son el racionalismo, la secularización y la humanización. Su aplicación al campo penal va a determinar un cambio radical tanto en la definición del delito como en la consideración de la pena y en la concepción de los mecanismos procesales. Un cambio, y de ahí su importancia, que sentará las bases del derecho penal y procesal contemporáneo.

(González, 1999, pág. 254).

Es decir, con la aparición del humanismo y el auge del renacimiento, empezaron a poner en duda las severas penas y la tortura para así replantearse una forma más racional la aplicación de estas. Entre los filósofos que se replantearon, como Cesare Beccaria, quien defendió la idea de una estructura penal más humana y lógica, sugiriendo que las sanciones debían ser proporcionales al crimen y centrarse en prevenir el delito.

Las sanciones severas, como la pena capital y la tortura, continuaban siendo habituales, sin embargo, se comenzó a cuestionar la efectividad de las penas severas y se replanteó mayormente la aplicación de la privación de libertad. Asimismo, se planteó la idea de que

las condenas debían tener una utilidad, como la rehabilitación y la disuasión en general para prevenir la criminalidad y dejar de lado que la misma sea meramente retributiva.

Ahora bien, ya entre los siglos XVIII y XIX, varios países mayormente europeos aplicaron estas ideas de codificación de las normas penales, aproximándose a la tipificación de penas más racionales y justas, recogiendo inclusive los elementos de la utilidad de la pena que actualmente se prevé en los ordenamientos jurídicos.

Época contemporánea

Los episodios más importantes que repercuten en la determinación de las penas a nivel global en el siglo XX y el contexto contemporáneo fueron el desarrollo de los conflictos mundiales como la primera y segunda guerra mundial.

Eso, en virtud que en estos escenarios se vivió una serie de violaciones a derechos humanos, llevadas a cabo a través de promulgaciones de leyes que no ofrecían un mínimo de garantías procesales, por ejemplo, las leyes dictadas por la Unión Soviética y la Alemania Nazi, sistemas que, además de ser discriminatorias, llegaron a establecer un sistema penal de control y represión.

En ese contexto, concuerda el jurista (Motta, 2010) “Esta situación propició el cuestionamiento implícito entre el marco jurídico teórico en relación con la praxis legal del marco jurídico positivo” (pág. 162).

Es por ello que, a partir de la culminación de estas guerras se descubrieron estos tratos inhumanos e implementación de sistemas penales represivos, por lo que a nivel internacional se pactó varios instrumentos internacionales que prohibían la tipificación de penas que conlleven a tratos crueles y degradantes, así como la pena capital. Es decir, a partir del auge del derecho internacional humanitario en el ámbito penal.

Entre los instrumentos internacionales principalmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde los Estados parte deben comprometerse entre otros aspectos a garantizar a las personas procesadas por algún delito a un juicio ajustado a un debido proceso y garantías mínimas de un Estado de derecho, la misma que se encuentra establecida en el artículo 14.

Si bien es cierto, este instrumento no determina de forma taxativa la prohibición de las penas inhumanas, en sentido general establece que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Asamblea General de la ONU, 1976), es decir,

independientemente del estatus que tenga, como lo es al estar privado de sus derechos políticos y de su libertad por cumplimiento de penas.

Sin embargo, existen otros instrumentos que han sido promulgados en aras de continuar garantizando un derecho penal racional y humanitario, es por ello que el 15 de diciembre de 1989, la Asamblea de la ONU adoptó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que hacemos referencia, cuyo propósito final es llegar a eliminar la pena capital. Pese que este protocolo es facultativo, ha podido ser suscrito y adherido a un número considerable de Estados, por lo que una vez reconocidos por sus ordenamientos jurídicos este protocolo obliga a los mismos a suprimir la pena capital en sus respectivas jurisdicciones, fomentando de esta manera el respeto a la vida humana en sentido escrito.

Este y otros instrumentos internacionales, gracias al compromiso del derecho internacional, han podido ser trascendentales para que el derecho penal y el poder del estado para utilizar su coercibilidad, sean ajustados a la racionalidad y proporcionalidad de las penas.

Entonces, con lo expuesto se puede sostener que a medida que avanzaba el siglo XX y en el vigente, el énfasis en los derechos humanos provocó una revisión de las sanciones, particularmente en lo que respecta a la pena capital y las condiciones de reclusión. Numerosos países eliminaron la pena capital o la limitaron a crímenes muy graves.

Ahora bien, sin afán de agotar el tema de la teoría de la pena, es menester que en la época que contextualizamos, ha tomado mucha fuerza la teoría de la utilidad de la pena, para descartar la idea de que la pena tenga simplemente un carácter retributivo como se lo concebía antes. Es decir, actualmente, el enfoque de la pena gira en torno a la rehabilitación y reinserción de los condenados, aquello que se pretende alcanzar con otros elementos indispensables e instituciones que trabajen en cooperación.

2.1.12 La teoría de la pena

Ahora bien, corresponde desarrollar la institución jurídica más importante dentro del derecho penal, esto es, sobre la teoría de la pena, para entender cuál es su fundamento, naturaleza alcance y finalidad.

Esto, debido a que, independientemente de la teoría de la cual se trate, se compone de principios y nociones que intentan entender el objetivo, la razón y la implementación de las penalizaciones en un sistema de justicia. Es por ello importante en este apartado revisar cada

una de estas corrientes de manera cronológica, que han buscado el sentido propio de la pena, para así poder determinar la respuesta que más se ajuste a la realidad.

En ese contexto sostiene los juristas (Córdova & Ruiz, 2001):

La pena, su sentido, función y finalidad no pueden comprenderse si al mismo tiempo no se analizan dentro de un contexto socioeconómico determinado y dentro de un marco de Estado; la teoría de la pena está, entonces, indefectiblemente ligada a la teoría del Estado; a medida que éste evoluciona y se transforma, la pena también lo hace.

(Córdova & Ruiz, 2001, pág. 55)

Teoría absoluta o retributivas

Con relación a esta teoría, se enfocan en el concepto de que la pena posee un valor inherente, sin importar sus efectos o repercusiones, se fundamentan en el concepto de que la sanción debe imprescindiblemente aplicarse como una mera reacción a la transgresión de la ley penal. Esta teoría principalmente se ajusta perfectamente al sistema de justicia de la antigüedad y de la edad media. En ese sentido, concuerdan los juristas antes mencionados que:

Las teorías absolutas, llamadas teorías retributivas, tuvieron su apogeo con el idealismo alemán, fundamentalmente a través de los postulados teóricos propuestos por KANT y HEGEL, para quienes la función de la pena simplemente es la realización de la justicia; la pena se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo.

(Córdova & Ruiz, 2001, pág. 56)

Entonces, se puede sostener que la teoría absoluta o retributiva de la pena es una noción en el campo del derecho penal que alude a la noción de que la sanción debe aplicarse de tal forma que se perciba por sí misma como su principio y fin, sin tomar en cuenta aspectos diversos como la prevención de la criminalidad o la rehabilitación del sujeto activo del delito. Ahora bien, si bien es cierto, es irrefutable manifestar que en la vida real al aplicarse las penas se lo esté realizando con tintes retributivos, pues a fin de cuentas es violencia castigada con violencia; sin embargo, esta teoría ha sido criticada por la mayoría de juristas, al sostener que “la pena estatal no es ni una venganza ni un sustitutivo de la venganza, sino que viene justamente a cortar el paso. Se impone más bien para la consecución de una doble finalidad

práctica, ambas completamente comprensibles” (Demetrio, 2021, pág. 126), a saber, la prevención de una nueva comisión por el agente, así como la posibilidad ejecutar venganza privada por parte de la víctima.

Con todo lo expuesto, esta teoría puede ser identificada por varios elementos propios, a saber:

La retribución.- Cuyo elemento o concepto viene a ser el principal de esta teoría, que argumenta que el castigo es una facultad del Estado y una reacción moralmente apropiada ante la infracción de la ley. El castigo se aplica como una herramienta para restaurar el orden y la equidad, y no como un instrumento para alcanzar otros objetivos, como la prevención del crimen o la rehabilitación del transgresor.

Justicia.- Bajo este enfoque, la justicia demanda que el infractor obtenga una sanción equivalente al perjuicio provocado. Se considera la pena como un acto de justicia que intenta equiparar la tergiversación del mundo real provocado por el delito.

Derecho del Estado.- Desde esta teoría se pretende sostener que el Estado posee tanto el derecho como la responsabilidad de sancionar a aquellos que transgreden la ley penal. Este castigo se justifica ya que el transgresor ha infringido reglas que son esenciales para la coexistencia social.

Autonomía de la pena.- Esto es que, la pena es por sí misma su fin, por lo que no tiene otros intereses diferentes al de castigar al transgresor de la norma.

Crítica a la utilidad.- Derivada a la retribución y la autonomía de la pena, en esta teoría se critica fuertemente la posibilidad de que la pena tenga una utilidad.

En definitiva, la teoría absolutista y de retribución se sostiene que la pena debe interpretarse como una reacción equitativa y moral ante la violación de la ley penal, en vez de como un instrumento para lograr otros objetivos sociales que difícilmente se pueda lograr.

Teoría relativa

La pena es uno de los aspectos más representativos y antiguos del derecho penal, ya que su existencia se remonta a los primeros momentos en que los seres humanos comenzaron a vivir en sociedad. Desde entonces, se la ha utilizado como una forma de control social, pero ahora está establecida y regulada dentro del marco jurídico penal.

Diego Valderrama, (2021) plantea que las teorías relativas de la pena se oponen a las teorías absolutas, ya que no consideran que la pena tenga como propósito principal lograr justicia

en un sentido abstracto. En cambio, la perciben como un instrumento destinado exclusivamente a proteger a la sociedad, buscando prevenir la comisión de delitos en el futuro.

La teoría relativa de la pena se refiere a aquellas que “justifican la pena por su orientación hacia fines ajenos a ella misma y, especialmente, por su capacidad para prevenir delitos futuros” (Rodríguez, 2019). A partir de este precepto, la teoría relativa o preventiva se categoriza en dos binomios fundamentales. El primero distingue entre prevención general y prevención especial: la primera busca evitar la comisión de delitos mediante un efecto disuasorio dirigido a toda la sociedad, mientras que la segunda se enfoca en el individuo sentenciado, buscando impedir que reincida. El segundo binomio se centra en los métodos utilizados para lograr esa prevención, diferenciando entre enfoques represivos (prevención negativa) y estrategias orientadas a la reintegración o mejora del condenado (prevención positiva).

Prevención general.

La prevención general no está dirigida específicamente al delincuente, sino a la sociedad en su conjunto. Su objetivo es disuadir a las personas de cometer delitos al imponer un castigo al infractor, utilizando la pena como un medio para influir en la conciencia jurídica de la colectividad y fomentar el respeto por las normas legales.

El autor Daniel Rodríguez Horcajo, (2019), en su trabajo titulado “Pena (Teoría de la) = Punishment (Theory of)”, cita a diversos juristas, quienes plantearon sus teorías respecto a la prevención general, explicando que estas primeras teorías estructuradas sobre la prevención fueron las que se conocen como teorías de la prevención general negativa o de disuasión. Estas fueron propuestas por dos autores contemporáneos: Feuerbach y Bentham. Según el pensador alemán, dado que el Estado no puede garantizar efectivamente la convivencia entre los ciudadanos sólo mediante intervenciones físicas (Feuerbach, 1847: 37), debe recurrir a neutralizar la "*sensualidad de la transgresión de la norma*" (1799: 43) mediante la amenaza de un castigo que se impondría después de dicha transgresión (1799: 45-47; 1847: 38). En este sentido, la pena actuaría como un mecanismo de coacción psicológica dirigido a la sociedad en general, disuadiendo a las personas de cometer delitos. Este proceso comprende dos etapas: primero, la amenaza legal que genera intimidación

general; y, segundo, la ejecución de la pena, necesaria para mantener la eficacia y credibilidad de dicha amenaza (1799: 49-52; 1847: 38-39).

Por otro lado, Bentham, desde una perspectiva utilitarista, sostiene que la capacidad del derecho penal para proteger los bienes jurídicos radica en un elemento cotidiano: el miedo al castigo en caso de cometer un delito. Este temor proporciona a los individuos razones prácticas para obedecer las normas penales, principalmente para evitar la sanción correspondiente. (Bentham, 1830: 61-75).

Aunque ambas teorías comparten similitudes, presentan ciertas diferencias, para Feuerbach, el aspecto más relevante de la pena es la amenaza previa, la cual actúa como un mecanismo psicológico básico que busca disuadir a las personas antes de cometer un delito, en cambio, Bentham pone el énfasis en el dolor que se inflige con la pena, considerándolo un mecanismo prudente que opera de manera más calculada y racional, enfocado en maximizar su impacto en términos de utilidad social y económica.

Prevención especial.

La teoría de prevención especial no se enfoca en el delito per se, sino en el individuo que lo ha cometido. A diferencia de la teoría de prevención general, que actúa mediante la amenaza previa contenida en la ley, la prevención especial se manifiesta cuando se imponen y se ejecutan las penas, centrándose en influir directamente sobre el autor del acto ilícito.

Diego Valderrama, (2021), quien a su vez cita a Serafin Ortiz, explica que, el propósito principal de la pena es prevenir que el delincuente cometa nuevos delitos, lo cual se consigue mediante diferentes métodos según el tipo de infractor. La idea de prevención se halla ligada a la idea de peligrosidad del sujeto, donde se asigna a la pena la función de ser un mecanismo que evite la comisión de futuros delitos teniendo como límite a su actuación la evaluación del autor en virtud a su grado de peligrosidad, buscando la neutralización, corrección o reeducación del delincuente. (Ortiz, 1993, p.129).

Asimismo, el autor Valderrama, menciona a Mir Puig, (2004), quien explica algunas de las críticas a la teoría de prevención especial, centrándose en tres aspectos principales: 1) Al priorizar la corrección del delincuente, esta teoría puede tratarlo como un objeto, aplicando medidas o tratamientos contrarios a su voluntad y dignidad, como trabajos forzados o tratamientos esterilizadores, vulnerando gravemente los derechos humanos. 2) El concepto

de peligrosidad utilizado en estas teorías es subjetivo e indemostrable. Además, conduce a sancionar al delincuente no por sus actos, sino por características personales, rompiendo el principio de proporcionalidad entre el delito cometido y la pena impuesta. 3) La prevención especial no siempre puede justificar la imposición de la pena. En algunos casos, como con delinquentes habituales que no pueden ser resocializados, la aplicación de esta teoría resulta ineficaz e incluso inviable.

Teoría mixta

Las teorías mixtas, buscan encontrar un equilibrio entre las teorías absolutas y relativas de la pena. No se limitan a combinar de manera simple sus ideas opuestas, sino que buscan una reflexión práctica que permita aplicar la pena de forma que cumpla todas sus funciones, tanto hacia el individuo como hacia la sociedad. La teoría mixta integra la prevención general y la retribución, defendiendo que sólo una pena justa, proporcional a la culpabilidad, puede disuadir y educar de manera efectiva, combinando la prevención con la resocialización. Así lo explica (Jescheck, 2002, p.112), en su libro “Tratado de Derecho Penal Parte General”.

Roxin sostiene que es fundamental preservar los aspectos positivos de las teorías previas, tanto la represiva como la preventiva, y aplicarlas en las tres etapas en las que el Derecho Penal interactúa con el individuo: i) conminación (la amenaza de la ley), ii) la aplicación judicial, y iii) la ejecución de la pena. Además, afirma que “las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio” (Roxin, 2001, p. 95).

En la práctica, integrar estas teorías es complicado debido a que se aplican políticas criminales diferentes. A menudo, las leyes penales reflejan una inclinación exagerada hacia una de las teorías que se pretende combinar, lo que podría conducir a la arbitrariedad y a la falta de coherencia en el Derecho Penal.

2.1.13 Tipos de penas

Penas privativas de libertad

Pinargoty, (2022), en su trabajo titulado “Clasificación de las sanciones penales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, manifiesta que una de las sanciones más comunes en el Derecho Penal es la privación de libertad, sin embargo, existen muchas interrogantes sobre

la efectividad y propósito de las cárceles. Un ejemplo de esto son los trágicos eventos ocurridos el 23 de febrero de 2021, cuando murieron 79 personas detenidas en prisiones de Guayaquil, Cuenca y Latacunga, que albergan al 70% de la población carcelaria en Ecuador, según Vivanco (2021).

En Ecuador, la pena privativa de libertad no puede exceder los 40 años, y su duración comienza a contarse desde el momento de la aprehensión. La pena variará según la gravedad del delito, tomando en cuenta circunstancias que puedan atenuar o agravar la pena. En este sentido, si existen al menos dos circunstancias atenuantes, se impondrá el mínimo de la pena prevista en el tipo penal, con una reducción de un tercio, siempre que no haya agravantes. Si se presenta al menos una circunstancia agravante, se impondrá la pena máxima establecida, incrementada en un tercio. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

De acuerdo con los enfoques que buscan humanizar las sanciones y evitar que las consecuencias de la responsabilidad penal se concreten mediante la privación de libertad, parte de la doctrina propone sustituirla por otras medidas. Cisneros Sánchez (2011), citado por Pinargoty, (2022), sostiene que está demostrado el fracaso de las penas privativas de libertad, las cuales representan un retroceso, ya que tienden a causar la destrucción física, psicológica y moral del individuo. Estas penas, en realidad, no logran resultados significativos en términos de rehabilitación social y, en cambio, incrementan el resentimiento social del reo, volviéndolo más propenso a reincidir. Esto, sin embargo, no descarta la aplicación de estas penas cuando la peligrosidad del sujeto haga necesario su aislamiento para garantizar la seguridad de la comunidad.

Penas no privativas de libertad

El artículo 60 del Código Orgánico Integral Penal, (2014) establece un conjunto de restricciones o la imposición de ciertas obligaciones a la persona sentenciada, logrando que la privación de libertad pueda ser reemplazada por una o más de las siguientes medidas:

El tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo, es decir, el conjunto de medios a los efectos de lograr mejoría en las habilidades de la persona con el correspondiente acompañamiento de expertos. Por su parte, también se constituye como una sanción distinta a la privación de la libertad, la obligación de prestar un servicio comunitario, y tiene como límite las 240 horas, se trata de un trabajo personal no remunerado. Otra es la comparecencia periódica y personal ante

la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia, es un régimen de presentación que, conforme al hecho ilícito cometido variará la periodicidad de tal obligación.

Pinargoty Alonzo, M.A. (2022)

A estas, también se añaden suspensiones en el ámbito de tránsito, de acuerdo a la infracción que se haya cometido; la prohibición de ejercer un oficio si este está relacionado al delito; la obligación de permanecer en el domicilio; la restricción del derecho de porte de armas; la prohibición de comunicación directa con la víctima o familiares de esta; la pérdida de los derechos de participación; y la prohibición de retorno al territorio ecuatoriano si se tratara de una persona extranjera.

Estas medidas no implican directamente la privación de libertad, pero sí limitan otros derechos relacionados con la libertad de movimiento, la expresión, el ejercicio de una profesión, la participación en ciertos aspectos sociales o incluso pueden requerir que la persona cumpla con obligaciones específicas.

Penas restrictivas de los derechos de propiedad

La Constitución del Ecuador, (2008), reconoce en el Art. 66 num 26 el derecho a la propiedad, y así mismo establece en el Art. 321, las formas de tal derecho: pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, y mixta. En el ámbito penal, cuando se vulneran diferentes derechos establecidos en los tipos penales, se imponen sanciones que limitan el derecho a la propiedad. Estas sanciones están contempladas en el Código Orgánico Integral Penal, (2014), en el Art. 69.

Dentro de esta gama de penas restrictivas de los derechos de propiedad, la primera a destacar es la multa, estimada conforme a salarios básicos unificados del trabajador en general, la cual debe pagarse íntegramente y de manera inmediata, salvo que la persona sentenciada demuestre su incapacidad material para cancelarla.

Pinargoty Alonzo, M.A. (2022)

Otra sanción es el comiso penal, que se aplica cuando los bienes involucrados en el delito son utilizados, obtenidos o generados a partir del mismo, siempre que el delito haya sido doloso. Finalmente, la tercera sanción restrictiva de la propiedad es la destrucción de los instrumentos o efectos relacionados con la infracción, a menos que estos pertenezcan a una tercera persona ajena al delito.

2.1.14 El punitivismo en el sistema penal ecuatoriano

Alvaracín, A. (2023), en su artículo titulado "Irracionalidad punitiva en Ecuador: Una mirada crítica desde el garantismo penal" examina el fenómeno del punitivismo en el Sistema Penal Ecuatoriano, destacando cómo las reformas recientes han incrementado las penas con la creencia errónea de que esto reducirá la delincuencia. Este enfoque punitivo, promovido por el Estado y respaldado por la opinión pública, se basa en la idea de que un mayor castigo disuadirá a los potenciales infractores. Sin embargo, la investigación sugiere que esta relación entre severidad de las penas y disminución de delitos no se ha comprobado, y más bien, ha generado un incremento en la población carcelaria.

El punitivismo se ha manifestado en la legislación ecuatoriana a través del Código Orgánico Integral Penal (2014), que ha aumentado significativamente las penas, especialmente para delitos menores. Esta tendencia ha llevado a una inflación penal, donde se tipifican conductas que previamente no eran consideradas delitos, resultando en un sistema que penaliza de manera desproporcionada a los sectores más vulnerables de la sociedad.

Además, el aumento de la población penitenciaria ha llevado a un hacinamiento extremo y a una crisis en las condiciones carcelarias "El incremento de la población carcelaria expone la falta de interés del Ejecutivo en cuanto a políticas penales, lo que ha llevado a un aumento en el tiempo de internamiento para adolescentes infractores" (Alvaracín, 2023). Las instituciones penitenciarias, lejos de cumplir su función de rehabilitación, se han convertido en espacios que perpetúan la violencia y la deshumanización. Al aplicarse un enfoque punitivo, se ignoran las garantías de derechos humanos y se minimiza la eficacia de programas de justicia restaurativa, que podrían ofrecer alternativas más efectivas para el tratamiento de adolescentes infractores.

Asimismo, Alvaracín, (2023), sostiene que la afirmación de que las prisiones no cumplen con su objetivo de disminuir la criminalidad debe ser reemplazada por la hipótesis de que, en realidad, las prisiones han contribuido de manera efectiva a generar más delincuencia. El punitivismo en Ecuador, impulsado por reformas que incrementan las penas, no ha logrado su objetivo de reducir la delincuencia. En cambio, ha contribuido a una crisis carcelaria y a un sistema penal que no respeta los derechos fundamentales.

Siguiendo esta idea, el autor hace énfasis en la necesidad de adoptar un enfoque garantista que priorice la rehabilitación y el respeto por los derechos humanos, para así revertir la tendencia hacia un castigo irracional y fomentar una justicia más equitativa y efectiva. La implementación de políticas que fomenten la justicia restaurativa y la reintegración social puede ser un factor importante para romper el ciclo de violencia y exclusión que caracteriza al sistema penal actual. La adopción de un enfoque basado en las garantías fundamentales y la dignidad humana no sólo es necesario, sino que también representa una oportunidad para construir un sistema más justo y equitativo.

2.2 Marco legal

2.2.1 Constitución de la República del Ecuador

El presente trabajo de investigación se basa en algunos cuerpos normativos, que han coadyubado a fundamentar y diseñar un estudio integral y completo. Partiendo de nuestra carta suprema, vigente desde octubre de 2008, es primordial contextualizar el papel de la Constitución dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Según la pirámide de Kelsen, la norma de mayor jerarquía entre todas en un determinado país o territorio nacional es la Constitución, ya que sus disposiciones son de inmediata y directa aplicación y generalmente son diseñadas bajo la participación directa del pueblo.

Concretamente en el Ecuador, se para llegar a la vigente constitución, se tuvo que pasar por la promulgación y vigencia de 20 constituciones, siendo la última la mejor conocida como la Constitución de Montecristi de 2008, impulsada por el presidente de aquella época, Econ. Rafael Correa Delgado, llamando a una Asamblea Nacional Constituyente para su construcción.

Dicha construcción fue realizada con una participación representativa de varios sectores sociales estratégicos el país, tales como los del sector agrícola, diversas comunidades indígenas, campesinos, negros, cholos, sector económico y de sectores que históricamente eran minimizados, así como de especialistas, juristas e intelectuales de mayor influencia, quienes a través de propuestas convertidas en proyectos fueron tomados en cuenta y discutidos para ser incorporados en la carta magna.

Finalmente, con la configuración del texto constitucional, el pueblo soberano fue convocado a un referéndum para directamente consultar a cada ciudadano sobre su posición de la nueva

constitución, quienes efectivamente aprobaron el 28 de septiembre del 2008 dicho texto, para posteriormente ser publicada y entrar en vigor el 20 de octubre del mismo año.

Ahora bien, esta constitución consiguió muchos avances en la concepción y adjudicación de derechos, como los del buen vivir, desconocidos hasta ese entonces, asimismo en ese contexto se otorgó al medio ambiente por primera vez en la región y en el mundo la calidad de ser un sujeto de derechos dentro de un texto constitucional.

Ahora bien, en el ámbito de derechos y garantías constitucionales se desarrolla también en mayor medida su reconocimiento constitucional, la carta magna en el artículo 11 numeral 6 les brinda adjetivos de índole fundamental, a saber:

“6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Lo antes citado generaliza que todos los derechos y principios reconocidos en la constitución son connaturales al ser humano que se encuentra en el territorio ecuatoriano, por lo que bajo ningún concepto los mismos podrán ser menoscabados por otro. Es menester recalcar que el carácter indivisible e interdependiente refiere a que del ejercicio de un derecho depende el goce de otro, de allí que ningún derecho pesa más que otro.

Ahora bien, con relación a los derechos y garantías judiciales, esta norma suprema reconoce en mayor magnitud los que se conoce como el debido proceso, del mismo que a su vez se desprende una gama de derechos que deben ser respetados dentro de un proceso, sea este judicial o administrativo, concretamente en el artículo 76 numeral 6 se estipula:

“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Este último apartado hace alusión a que las sanciones, sea de naturaleza penal o de cualquier otra índole, debe ser establecida en la ley que corresponde; en materia penal, se refiere a que cuando se deba imponer una pena privativa de la libertad, esta deberá estar previamente establecida en el Código Orgánico Integral Penal y deberá estar acorde al delito cometido, a saber, el daño ocasionado.

2.2.2 Tratados y Convenios Internacionales.

Siguiendo con el desglose de las leyes concernientes al presente tema, los tratados y convenios internacionales poseen un rango jerárquico igual, o para algunos autores y doctrinarios del derecho, mayor que la Constitución, por lo que siempre serán una fuente obligatoria de consulta y análisis en los respectivos temas del espectro jurídico.

✓ **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

También denominado como Pacto de San José de Costa Rica, nació a finales de los 60, pero recién entró en marcha en julio de 1978. Los estados del continente decidieron crear un texto legal en el que reposen las garantías suficientes para que los derechos fundamentales del ser humano no sean vulnerados, ni por el estado ni por particulares, teniendo en cuenta que convivimos en un ambiente donde la democracia es el común denominador y significa una dosis de libertad en todas sus facetas.

Ecuador fue uno de los estados que firmó y se adhirió a la convención antes mencionada desde su inicio, reconociendo la motivación por la que se promulgó, y apoyando el contenido de la misma, la cual en su artículo 9 establece que:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
(Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

Esto va concatenado claramente a nuestra investigación, puesto que, el texto citado hace alusión a la sanción privativa de libertad que recibirá el infractor, la misma que no puede ser más severa que el delito que cometió, y a su vez, si cuando se dio el iter criminis, el tipo penal estaba o no tipificado, y se puede iniciar con el proceso pertinente.

✓ **Convención Interamericana contra la Corrupción**

Este instrumento internacional expedido por la Organización de los Estados Americanos (OEA), nació el 29 de marzo de 1996 en Venezuela, ante la imperiosa necesidad de establecer regulaciones, cooperación y tomar decisiones en torno a la corrupción en los países de la región, donde por supuesto, Ecuador es uno de los estados que suscribió el convenio.

Aunque el acuerdo se enfoca en el cometimiento de delitos en el ámbito estatal, y pese a que no se refiere a la estafa pero se, está direccionado a las infracciones de índole económico, estableciendo mandatos y prohibiciones a los funcionarios públicos que se aprovechen de su condición para sacar un beneficio o réditos, enmarcando al soborno, enriquecimiento ilícito y desviación de fondos como algunas de las acciones punibles.

✓ **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**

Siguiendo con los instrumentos internacionales en materia de corrupción, y por ende delitos económicos, la Organización de las Naciones Unidas y su oficina especializada en la droga y el delito, expidieron esta convención, vigente desde 2005. Ecuador al formar parte de la ONU automáticamente se adhirió a esta normativa global.

Con respecto al delito de estafa, en el artículo 17 de este apartado señala que:

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.
(Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003)

El artículo es claro sobre los delitos financieros cometidos por funcionarios públicos, y en cuanto a lo que nos compete, la estafa puede encasillarse en una forma de apropiación de bienes o dinero, ya que su modus operandi recae en el engaño o la mentira para conseguir el objetivo ilícito.

2.2.3 Códigos y leyes orgánicas

El próximo nivel de la pirámide normativa contiene a las leyes de carácter orgánicas, que ya se concentran en un determinado ámbito o rama del derecho. Ante ello, hay que señalar obligatoriamente la legislación nacional en el campo penal, dado que contienen el espectro del delito en su totalidad.

✓ **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional**

Esta ley vigente desde el 2009 en el Registro Oficial surgió debido a la necesidad de regular la jurisdicción constitucional, garantizar la supremacía de la carta magna, y velar para que los derechos contenidos en la misma no sean vulnerados, y en caso de que suceda tal afectación, brindar los mecanismos pertinentes para resarcir o disminuir el daño al ciudadano o colectivo.

En torno a la proporcionalidad, la LOGJCC contempla métodos y reglas de interpretación constitucional, esto en el artículo 3, numeral 2, donde textualmente consta que:

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria

para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

✓ **Código Orgánico Integral Penal**

Después de varias décadas contando con una legislación penal que necesitaba un cambio estructural urgente, en 2014 entró en vigor el Código Orgánico Integral Penal, por sus siglas COIP, que trajo consigo un nuevo orden en el sistema penal, dado que se unificaron algunos apartados, así como también se tipificaron nuevos delitos y se orientaron los procedimientos de mejor manera.

Su naturaleza integral ha incluido presupuestos justos y básicos para la actualidad, y pese a tener solo un poco más de 10 años de existencia, se ha ido reformando paulatinamente, debido a los inminentes cambios sociales y políticos, así como al posicionamiento de las redes sociales y a la digitalización del medio.

En cuanto a la tipificación de los delitos, los legisladores tuvieron un arduo trabajo, dada la dimensión que requiere establecer dentro de la norma una sanción adecuada, pero severa, sin infringir derechos humanos y respetando los principios constitucionales que rigen al estado ecuatoriano. Es así que, la estafa se encuentra regulada en el texto penal en el artículo 186, siendo la descripción de la conducta la siguiente:

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 el de una tercera.
(Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En función de lo expuesto, el mismo artículo detalla que la sanción variará, de acuerdo a las agravantes del hecho, como por ejemplo: la defraudación en un contexto patrimonial, la clonación y uso de dispositivos de pago pertenecientes a otra persona, la inducción a compras falsas o con otro fin, las transacciones fantasmas o fraudulentas. Para las personas que cometan estas acciones recibirán una sanción máxima, es decir, estarán 7 años privados/as de su libertad. Es más, la pena puede crecer hasta 10 años cuando se trate de estafas que engloben grandes sumas de dinero, y también cuando el escenario o medio usado sea una institución financiera.

Por otro lado, es muy importante señalar que las personas privadas de su libertad siguen disponiendo de derechos y garantías, y no es un invento de un colectivo humanitario, el

mismo Código así lo establece en el Capítulo Segundo del Título III, específicamente en el artículo 12 numeral 16, sobre la proporcionalidad al momento de fijar las sanciones disciplinarias. Además de que x o y pena se impondrá de acuerdo al nivel de daño a la víctima, y en el delito de estafa, todo depende de la circunstancia del hecho para que los años de reclusión aumenten o disminuyan.

✓ **Ley Orgánica 10/1995, España**

La ley que regula las conductas delictivas y el derecho de castigar en España es la Ley Orgánica 10/1995, más conocida como el código penal español, la misma que fue promulgada en el diario estatal o Boletín Oficial del Estado con número 281 el 23 de noviembre del año en mención.

Esta norma data de hace aproximadamente treinta años, sin embargo, es importante indicar que ha sido objeto de al menos 32 reformas, ajustándose a las necesidades de la realidad social que vive el país, siendo una de las últimas reformas la del año 2019 a través de la Ley 2/2019, la misma que aborda temas de seguridad vial, a saber, la conducción de vehículos y bicicletas a motor dentro de un siniestro de tránsito y aspectos relativos.

Esta norma penal consta de 616 artículos, en el que no solo establece los tipos penales básicos, sino que también recoge conceptos de las instituciones elementales del derecho penal. Ahora bien, con relación al tipo penal de estafa, se encuentra tipificado en el artículo 248 de la siguiente manera:

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

Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

(Ley Orgánica 10/1995, 1995)

En este articulado se recoge varios elementos particulares de la estafa como el ánimo de lucro, el engaño y el perjuicio patrimonial. A su vez, se puede evidenciar que las penas establecidas, en contraste al COIP, son mas flexibles ya que hace una generalidad de pena de seis meses a tres años y es mucho más flexible cuando el monto de lo defraudado no

asciende a los cuatrocientos euros, ya que en este último caso se aplica penas de multas, lo que viene hacer simplemente sanciones pecuniarias. Ahora bien, cuando el perjuicio se trata de un monto que supere los 250.000 euros, la pena va desde los cuatro a ocho años de privación de libertad.

Es decir, es importante recalcar que en este injusto penal en España, para la determinación de una pena es relevante el “importe de lo defraudado”, sin dejar de observar otros aspectos como el móvil o forma de perpetrar el delito, la vulneración de la víctima con el sujeto activo desde el enfoque de relación de confianza existente entre ellos y otras circunstancias atenuantes o agravantes establecidas en el mismo cuerpo legal.

✓ **Código Penal de la República de El Salvador**

El Salvador, a lo largo de su historia, desde que se consolidó como república independiente ha tenido varios cuerpos penales, a saber, de 1886 (cuando era república centroamericana en unión con otras repúblicas), 1859, 1881, 1904 y por último, la de 1973.

Cuando El Salvador, se descolonizó de los españoles, formando una república centroamericana con otras provincias como Honduras, por lo que se vieron en la necesidad de ostentar un ordenamiento jurídico que regule todos los aspectos de la república, es allí cuando el presbítero Isidro Menéndez, un jurista y académico salvadoreño de renombre, recoge de las leyes españolas ciertas normas que darían paso a una república con gobernabilidad, creando la conocidas Leyes Patras de 1855.

La Leyes Patrias constaban en cinco libros, que abarcaban los temas constitucionales, relaciones exteriores, régimen estatal político, gobernanza y el poder judicial. En este último poder se regulaban la funcionalidad de las instituciones encargadas de garantizar la justicia, inclusive en la materia penal y tipificación de los injustos penales, denominadas faltas en ese tiempo,

De allí, que las leyes patrias y el código penal de 1859 tiene gran influencia al código penal español de 1848, sin embargo, con relación a la de 1859 se enfatizó a prever la racionalidad de las penas, por lo que se puede deducir que es más progresistas y humanista. Ahora bien, con los códigos penales posteriores se pueden sostener que la influencia radica en el código penal español de 1870 con relación a la forma de sancionar los delitos.

Actualmente, la norma que sanciona los injustos penales es el Código Penal promulgado por la Asamblea Legislativa a través del Decreto No. 1030 de 1973, la misma que ha alcanzado

una serie de reformas a la fecha, entre ellas se puede mencionar las de 2022, acerca de la violencia intrafamiliar; sobre la organización ilícita y el tráfico de sustancias a fiscalización y la de 2025, acerca del incremento de las penas en los delitos de homicidio, violación, robo y, lo que concierne en esta investigación, la estafa.

Justamente con relación al tipo penal de estafa, esta se encuentra tipificada en el artículo 215 de la ley antes mencionada de la siguiente manera:

Art. 215.- El que obtuviere para si o para otro un provecho injusto en perjuicio ajeno, mediante ardid o cualquier otro medio de engañar o sorprender la buena fe, será sancionado con prisión de dos a cinco años si la defraudación fuere mayor de doscientos colones.

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

(Código Penal, 1973)

Este articulado recoge una definición normativa del delito de estafa, ya que menciona de forma implícita varios elementos como el error, el engaño, disposición ilegítimo patrimonial y el perjuicio a la víctima, es decir, los elementos principales del tipo penal, determinando que las penas van desde dos a cinco años, siempre que el perjuicio sea mayor a doscientos colones salvadoreños.

Ahora bien, de manera taxativa el tipo penal señala que para la fijación de la pena se debe tomar en cuenta el perjuicio económico ocasionado a la víctima, sin dejar de lado otros aspectos como el móvil y también la vulnerabilidad de la víctima con relación a su ignorancia o capacidad de análisis para saber previamente sería víctima de este delito.

No obstante, este año 2025, a través del DECRETO No. 210 expedida la por Asamblea Legislativa de El Salvador, de fecha 12 de febrero de 2025, en sus artículos 22 y 23 reformó el tipo penal estafa, incrementando la pena de cinco a ocho años de prisión si lo defraudado supera los doscientos colones y la estafa agravada determina una pena de ocho a quince años de privación de libertad.

Con todo lo expuesto se puede afirmar que el poder legislativo actualmente se acerca a una tendencia punitivista, incrementando las penas en ciertos delitos como la estafa, pese a ese incremento de penas, es menester indicar que el Código de Procesal Penal vigente en su artículo 32, deja susceptible este delito a conciliación, priorizando la mínima intervención penal.

✓ Código Penal Federal, México

Previo a abordar cómo se encuentra regulada la estafa en los Estados Unidos Mexicanos, es importante señalar cuál fue su primer código penal desde que logró su independencia de las coronas españolas en 1821. En ese sentido, es menester señalar que México duró aproximadamente medio siglo desde su independencia para crear su primer código penal, ya que se había dado validez a casi todo el ordenamiento jurídico impuesto por la corona, es así que, en 1871 estando al mando de la presidencia el abogado Benito Juárez se promulga el primero, entrando en vigencia un año después, este cuerpo legal recogió la parte sustantiva y adjetiva del derecho penal, contó con 1871 artículos, teniendo gran influencia el código penal español.

Actualmente la norma sustantiva que tipifica y regula el derecho de castigar de México es el Código Penal Federal, que fue promulgada por el poder legislativo con fecha 14 de agosto de 1931, el mismo que tuvo gran influencia de la escuela positivista del derecho penal y que, por el tiempo de su promulgación, es evidente que ha tenido reformas sustanciales ha sido objeto de varias reformas. Desde las evoluciones de las instituciones elementales del derecho penal, el establecimiento de nuevos bienes jurídicos y consecuentemente de tipos penales, en los últimos cinco años se ha reformado por cuatro ocasiones: 1993-1994; 1996; 1999 y la última que data en 2023, en materia de delitos contra la integridad sexual con relación a la imprescriptibilidad.

Es importante indicar que México, al ser un Estado federal, cada entidad federativa cuenta con un orden jurídico interno, sin embargo, en materia de delitos, todas sus entidades deben estarse a los establecido en el Código Penal Federal. Con relación al delito de estafa, esta se encuentra tipificado en su artículo 386 en los siguientes términos:

Artículo 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I.- Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;

II.- Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10, pero no de 500 veces el salario;

III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

(Código Penal Federal, 1931)

Este articulado recoge también los elementos principales del delito de estafa, tales como el engaño, inducción al error y el apoderamiento patrimonial del sujeto activo del delito. Con relación a las penas, de la revisión normativa, se puede constatar que el principal elemento para la determinación de la pena es el perjuicio patrimonial ocasionado, estableciendo una especie de umbral deducido a que en cuanto mayor sea el perjuicio patrimonial, mayor será la pena.

Por último, es importante señalar que este injusto penal es de acción privada, lo que significa que se inicia con una querrela ante la Fiscalía, aspecto importante señalar ya que, el reglamento del Centro de Mediación, que regula los procedimientos de los medios alternativos en diversas materias, inclusive en los delitos, establece que los delitos de acción privada son susceptibles a conciliación, garantizando la mínima intervención penal y la justicia restaurativa.

2.3 Marco conceptual

ERROR: “Aquella inexactitud, equivocación o falsedad, ya sobre un hecho o sobre un derecho, aceptada como verdad por toda o la mayor parte de la gente” (Cabanellas, 1979, pág. 121).

PATRIMONIO: “Derechos y obligaciones correspondientes a una persona. Bienes materiales equivalentes en dinero, que pertenecen a una persona. Riqueza o renta de una persona” (Corte Superior de Justicia de Puno, 2020, pág. 62).

RESARCIMIENTO: “Reparación de daño o mal. Indemnización de daños o perjuicios. Satisfacción de ofensa. Compensación” (Cabanellas, 1979, pág. 281).

TÍPICIDAD: “Principio en virtud del cual constituyen infracción penal sólo los hechos típicos, es decir, aquellos hechos descritos por el legislador penal como supuestos de hecho antijurídicos con su correspondiente sanción penal” (Ortíz & Pérez, 2002, pág. 299).

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1 Diseño y tipo de investigación

3.1.1 Diseño de investigación

El desarrollo del trabajo investigativo se llevó a cabo con enfoque metodológico de corte cualitativo, para el análisis de la consecuencia jurídica del delito de la pena, de la revisión del principio de proporcionalidad y para consecuentemente establecer la existencia o no de una correlación entre estas dos instituciones jurídicas penales sí al momento de aplicarse en concreto en el sistema penal ecuatoriano, se tuvo que recurrir a la descripción de las variables antes expuestas.

Al respecto, de este diseño de investigación, sostiene la metodóloga Carlos Villabella que su “propósito es la descripción de los objetos que estudia, la interpretación y la comprensión” (Villabella, 2020, pág. 928); es decir que, con relación a la investigación propuesta, para alcanzar los objetivos, se tuvo que escudriñar las cualidades y elementos propios de cada variable, conceptos, línea histórica, estado situacional y aspectos relativos a la literatura jurídica pertinente.

Tipo de investigación

Investigación Exploratoria

El tipo de investigación con el que se desarrolló el presente trabajo fue exploratorio, ya que se tomó en cuenta varios estudios que han abordado temas relacionados con los temas que también se abordaron en esta investigación. Aquello que permitió acercarse metodológicamente al conocimiento y manejo de los temas, para posteriormente someterlos al análisis respectivo conforme consta en el capítulo posterior, a saber, sobre la consecuencia jurídica del delito de estafa tipificado en el COIP, así como del principio de proporcionalidad como limitante del poder punitivo.

Los elementos que hacen de esta investigación de tipo exploratorio es también la utilización de entrevistas y encuestas, lo que también permitió el acercamiento de deducciones relacionadas con la coherencia que guarda la pena en el delito de estafa y el grado de lesión en casos en concretos al ser aplicada.

Asimismo, en virtud que a la fecha no existen temas que hayan abordado esta temática desde esta perspectiva, por lo que, naturalmente como lo son las investigaciones exploratorias, esta

“abre las puertas, es el primer peldaño para continuar con investigaciones más avanzadas como son las descriptivas” (Zafra, 2006, pág. 14).

3.2 Recolección de la información

Para el levantamiento de la información en este trabajo, se aplicó varias técnicas propias de la metodología de la investigación con enfoque cualitativo, por lo que para cuyo efecto se identificó una población y muestra que se encuentra sumergida en el problema temático. Por otro lado, también se recolecto información a través de entrevistas y encuestas realizadas a profesionales de derecho especializados en la materia de derecho penal.

Población

Con relación a la institución metodológica población, según (López, 2004) “es el conjunto de personas u objetos de los que se desea conocer algo en una investigación” (pág. 69); es decir, la población es todo tipo de elementos que de alguna manera giran en torno o tienen participación referente al problema. Es importante determinar con qué tipo de población se ha trabajado, en ese sentido, esta investigación contó con población documental y humana, siendo la documental toda fuente jurídica normativa Ahora bien, la población humana son el conjunto de personas que se encuentran inmersa en el problema temático en general, en vista que la determinación del título del tema se centra en la provincia de Santa Elena, se ha escogido la población en dicho espacio determinado y en virtud de que el levantamiento de la información se hará a través los instrumentos encuesta y entrevista, la población se encuentra determinada de la siguiente manera:

**TABLA #2
POBLACIÓN**

DETALLE	# POBLACIÓN
Constitución de la República del Ecuador	1
Código Orgánico Integral Penal	1
Abogados en libre ejercicio en Santa Elena	1210
Fiscales de la provincia de Santa Elena	15
Jueces de la Unidad Judicial Penal de La Libertad	12
Total	1239

Fuente: Consejo de la Judicatura 2024

Elaborado por: Autores

Muestra

Ahora bien, en donde se realizó el levantamiento de la información en concreto fue en una muestra de la población antes mencionada. Por lo que para cuyo efecto, es menester tomar en cuenta la conceptualización de esta institución metodológica, pues la muestra, conforme sostiene (Pedro López, 2004) “Es un subconjunto o parte del universo o población en que se llevará a cabo la investigación” (pág. 69). Es decir, es en concreto cierta parte seleccionada de la población establecida, de esta es en la que realmente se va a obtener la información pertinente que será sometida a una evaluación y valoración metodológica. En ese sentido, la muestra concreta en la que se realizó el levantamiento de la información también se divide en muestra documental y humana, siendo la muestra documental las normas jurídicas utilizada en el trabajo.

Por otro lado, en vista de que la población inmersa es amplia, lo cual responde al tema de la investigación, se aplicó una muestra no probabilística por conveniencia, considerando los criterios de los abogados penalistas, jueces penales y fiscales, lo cual permitió obtener información precisa para someter a análisis y valoración para la emisión de conclusiones posteriores y de la misma manera se encuentra diferenciada por los instrumentos encuesta y entrevista:

**TABLA #3
MUESTRA**

DETALLE	# MUESTRA
Constitución de la República del Ecuador	1
Código Orgánico Integral Penal	1
Abogados en libre ejercicio en Santa Elena	100
Fiscales de la provincia de Santa Elena	2
Jueces de la Unidad Judicial Penal de La Libertad	2
TOTAL	106

Elaborado por: Autores

Métodos, técnicas e instrumentos

Método Analítico

El método analítico “consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos” (Ruiz, 2007, pág. 13). Por lo que, en ese sentido, se aplicó en esta investigación este método ya que se descompuso la institución jurídica de la proporcionalidad como limitante al poder punitivo. La aplicación de este método también fue importante por cuanto concuerda con el objetivo general planteado en la investigación, esto es, sobre la descomposición de la institución jurídica de la pena en general y de la pena en concreto del delito de estafa, asimismo, por cuanto se trata de una investigación de tipo exploratoria, en donde es importante tomar como punto de partida acercarse en mayor medida de lo posible al conocimiento de las demás variables. Es decir que, la proporcionalidad y la pena fue estudiada desde su acepción, naturaleza jurídica, sentido histórico, elementos que lo componen; desde el sentido concreto hacia lo abstracto.

Método Inductivo

El método inductivo en la investigación es aquel que se basa en la aplicación del análisis de una problemática u objeto de la investigación en lo particular o concreto, realizando el análisis de forma metodológica y posteriormente presuponer una generalidad en la problemática abordada.

En palabras del jurista (Martinez, 1987): “En la inferencia inductiva se parte de juicios particulares para dar un "salto" y concluir con un juicio universal” (pág. 23), en ese sentido, para la investigación se aplicó este método por cuanto el título presupone una generalidad, sin embargo, para inferir una concreción se aplicó a entrevistas de quienes llevan casos en concreto.

Método Deductivo

El último método que se aplicó en el presente trabajo fue el deductivo, el mismo que puede ser definido como “un proceso del pensamiento en el que de afirmaciones generales se llega a afirmaciones específicas aplicando las reglas de la lógica” (Dávila, 2006, pág. 184), es decir, este método viene a ser la antítesis de la inducción, puesto que en este se parte de la generalidad para realizar afirmaciones concretas. En esta investigación se aplicó este método por cuando se utilizó las técnicas pertinentes como la entrevista y encuestas a un número

seleccionado de profesionales y juristas inmersos frecuentemente en la problemática planteada.

Entrevistas

La entrevista es una técnica en el cual se toma contacto directo con las personas que tienen un conocimiento sumamente importante con relación al tema problemático, “pretende obtener información de una forma oral y personalizada. La información versará en torno a acontecimientos vividos y aspectos subjetivos de la persona tales como creencias, actitudes, opiniones o valores en relación con la situación que se está estudiando” (Murillo, s.f., pág. 6).

En ese sentido, se aplicó esta técnica por cuanto fue indispensable para contar con los criterios de los jueces y fiscales que se encuentran inmersos en la problemática planteada, quienes desde su experiencia inferirán sobre la relación entre la pena en el delito de estafa y la proporcionalidad al momento de aplicar las penas en concreto.

Encuestas

La encuesta es una técnica de levantamiento de información que consiste en la formulación de preguntas cerradas, direccionadas a “un gran número de personas. Se trata de una herramienta versátil y accesible que permite a los investigadores obtener información sobre comportamientos, actitudes, opiniones y demografía de una población objetivo” (Medina y otros, 2023, pág. 23).

En este trabajo investigativo, se aplicó esta técnica al número de muestra establecido, emitiendo un pliego de preguntas a través de las herramientas tecnológicas a abogados en libre ejercicio, de preferencia que ejerzan el derecho penal. La información recolectada ha sido útil por cuanto estos elementos también lidian a diario con la problemática planteada, de manera que los investigadores pudieron inferir resultados y conclusiones, descartando o afirmando la idea a defender planteada

Método Exegético

El método exegético es aquel que se basa en el análisis teórico doctrinario de las instituciones jurídica con las que se fundan u originan las normas jurídicas; dicho análisis se da en el contexto de las realidades y necesidades de una sociedad en el que se aplican dichas normas jurídicas, para así consecuentemente realizar valoraciones sobre su eficacia.

Al respecto sostiene (Pavó, 2007) “que permitan evaluar aspectos relativos a la pertinencia objetiva o subjetiva de dichas normas, cuestión que ya aquí se ha tratado” (pág. 119), por lo

que no deben limitarse a cuestiones formales de semántica o algo relativo. En ese sentido, es importante indicar que se aplicó este método, tanto porque es propia de las ciencias jurídicas, así como porque se valoró la pertinencia de la consecuencia jurídica del delito de estafa tipificado en el COIP, dentro del contexto social y, naturalmente, jurídico.

Fichaje de referencias

La ficha o fichaje bibliográfico básicamente es la recopilación de todos los insumos que han servido para la elaboración de la investigación, “estas fichas se hacen para todos los libros o artículos que eventualmente pueden ser útiles a nuestra investigación, no solo para los que se han encontrado físicamente o leído” (Orizaga, 2011, pág. 2).

Se aplicó el fichaje de referencias, por cuanto es indispensable para el acercamiento de los objetos de estudio sean revisados desde la doctrina, elaborando así un estado de arte o marco teórico en el que consten de forma ordenada y coherente los temas y subtemas a analizar.

3.3 Tratamiento de la información

Previo a mencionar y justificar los métodos que se aplicó en la investigación es importante acercarse a una acepción sobre lo que se entiende sobre los métodos de la investigación.

En ese contexto, sostiene el jurista (Villabella, 2020): “En sentido literal, “*methodos*” se deriva de las raíces griegas “*meta*”, hacia, y “*odos*”, camino, por lo que su conjunción significa el camino hacia algo, la vía hacia una meta” (pág. 934). Es decir, los métodos básicamente es el camino que previamente se traza el investigador, camino que debe ser el pertinente según los objetivos que pretender alcanzar, por lo que en este caso se aplicó los siguientes métodos de la siguiente manera:

3.4 Operacionalización de las variables

**TABLA #4
OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES**

VARIABLE	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEM	INSTRUMENTO
Dependiente Estafa La estafa es una conducta típica antijurídica que se configura en por la inducción a engaño de una o varias personas a otras u otras, mediante ardid, simulación de hechos falsos u artificio con la finalidad de apropiarse de un patrimonio ajeno. Los elementos principales de la estafa son: el dolo, error, ardid y perjuicio económico.	Pena	- Marco de la pena	- Encuesta pregunta 4.	Encuesta pregunta 4, análisis documental
		- Utilidad de la pena	- Entrevista a fiscales y jueces pregunta 6	Entrevista a fiscales y jueces pregunta 6, análisis documental
	Elementos principales de la estafa	- Perjuicio económico	- Entrevista a fiscal pregunta 4 y entrevista juez pregunta 5, encuesta pregunta 3	Entrevista a fiscal pregunta 4 y entrevista juez pregunta 5, encuesta pregunta 3, análisis documental
		- El engaño	- Encuesta pregunta 1, encuesta pregunta 3, entrevista a jueces y fiscales pregunta 1	Encuesta pregunta 1, encuesta pregunta 3, entrevista a jueces y fiscales pregunta, análisis documental
Independiente	Proporcionalidad en el delito de estafa	- Proporcionalidad abstracta	- Encuesta pregunta 5 y 6, entrevista a jueces pregunta	Encuesta pregunta 5 y 6, entrevista a jueces pregunta 4, entrevista a

<p>Principio de proporcionalidad</p> <p>El principio de proporcionalidad es una institución presente en varias ramas del derecho, como en materia constitucional, derecho tributario, derecho penal, entre otros. Específicamente en materia penal, se puede concebir como aquel equilibrio y relación que deben guardar el tipo penal con la consecuencia jurídica aplicable. Verificando aspectos como el bien jurídico afectado, la forma de perpetración, el impacto social y el impacto del mundo interno de la víctima.</p>			4, entrevista a fiscales pregunta 5	fiscales pregunta 5, análisis documental
		- Proporcionalidad concreta	- Encuesta pregunta 4, entrevista a jueces pregunta 7, entrevista a fiscales pregunta 7	Encuesta pregunta 4, entrevista a jueces pregunta 7, entrevista a fiscales pregunta 7, análisis documental
	Mínima intervención penal como parte de la proporcionalidad	- Conciliación	- Entrevista a jueces pregunta 3, entrevista a fiscales pregunta 8	Entrevista a jueces pregunta 3, entrevista a fiscales pregunta 8, análisis documental
		- Justicia restaurativa	- Entrevista a jueces pregunta 3, entrevista a fiscales pregunta 8	Entrevista a jueces pregunta 3, entrevista a fiscales pregunta 8, análisis documental

Nota: Esta tabla establece la operacionalización de las variables de la investigación. Elaborado por: Pozo César; Tumbaco Heydy

CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Análisis, interpretación y discusión de resultados

4.1.1 Encuestas dirigidas a abogados en libre ejercicio

TABLA#5

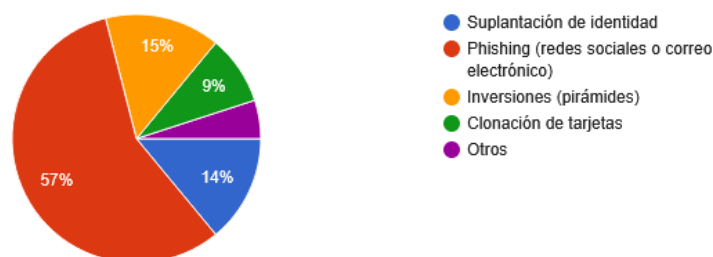
PREGUNTA #1 ¿Cuáles son las principales formas o modalidades de estafa que usted considera predominan en la provincia de Santa Elena?

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Suplantación de identidad	14	14%
Phishing	57	57%
Inversiones	15	15%
Clonación de tarjetas	9	9%
Otros	5	5%
Resultados	100	100%

Nota: Esta tabla muestra el resultado de la primera pregunta de la encuesta. Fuente: abogados en libre ejercicio

GRÁFICO 2 ¿Cuáles son las principales formas o modalidades de estafa que usted considera predominan en la provincia de Santa Elena?

100 respuestas



Nota: Esta tabla muestra el resultado de la primera pregunta de la encuesta. Fuente: abogados en libre ejercicio

Descripción del ítem: Con la pregunta planteada se determinó el criterio de los abogados con relación a las formas predominantes de estafa en Santa Elena.

Interpretación: Más de la mitad de los encuestados, exactamente el 57% considera que principalmente la estafa se da a través del phishing.

Análisis: Los abogados encuestados señalan que en mayor medida el delito de estafa se perpetra a través del phishing, ya sea por redes sociales o por correos electrónicos. Este resultado a criterio de los investigadores es objetiva, ya que al menos en las estadísticas y en concordancia con los entrevistados concuerdan que este modus operandi predomina en Santa Elena.

TABLA #6

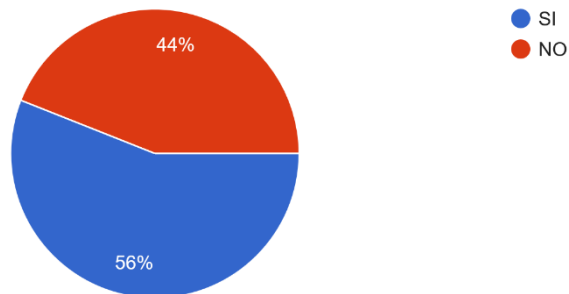
PREGUNTA 2 ¿Ha patrocinado casos por delito de estafa?

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Sí	56	56%
No	44	44%
Resultados	100	100%

Nota: Esta tabla muestra el resultado de la segunda pregunta de la encuesta. Fuente: abogados en libre ejercicio

GRÁFICO 3 ¿Ha patrocinado casos por delito de estafa?

100 respuestas



Nota: Esta tabla muestra el resultado de la segunda pregunta de la encuesta. Fuente: abogados en libre ejercicio

Descripción del ítem: En la segunda pregunta se planteó la pregunta relacionada a la experiencia en el patrocinio de casos de estafa a los abogados encuestados.

Interpretación: El resultado refleja que más de la mitad de los encuestados tiene experiencia con relación al patrocinio de casos de estafa, exactamente el 56%.

Análisis: Siendo que la mayoría de los encuestados tiene experiencia con el patrocinio de casos de estafa, se puede sostener que el resultado global de todas las preguntas posteriores se basa desde la experticia y del conocimiento de causa.

TABLA#7

PREGUNTA 3 En delito de estafa, para la imposición de penas, ¿se debe considerar en mayor medida el perjuicio económico o solo el modus operandi?

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
El perjuicio económico	26	26%
Solo el modus operandi	8	8%
Ambos elementos	66	66%
Resultados	100	100%

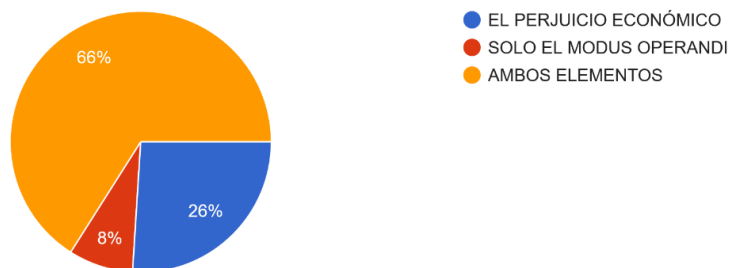
Nota:

Esta tabla muestra el resultado de la tercera pregunta de la encuesta.

Fuente: abogados en libre ejercicio

Gráfico 4 En delito de estafa, para la imposición de penas, ¿se debe considerar en mayor medida el perjuicio económico o solo el modus operandi?

100 respuestas



Nota: Esta tabla muestra el resultado de la tercera pregunta de la encuesta. Fuente: abogados en libre ejercicio

Descripción del ítem: En esta pregunta se planteó la importancia que le dan los abogados a dos elementos del delito para la imposición de penas.

Interpretación: El resultado refleja que 66% de los encuestados consideran que tanto el perjuicio económico como el modus operandi es importante para la determinación de una pena en concreto.

Análisis: Tras los resultados, se puede deducir que para la determinación de una pena en concreto es muy importante tanto la forma de cómo se perpetra el delito de estafa y tanto lo es el monto del perjuicio económico ocasionado a la víctima.

Sin embargo, es importante recalcar que entre el indicador perjuicio económico y el modus operandi, se considera que es más importante considerar el primero, pese a que la norma que establece el tipo penal no de relevancia a la misma y se centro al hecho de estafar simplemente.

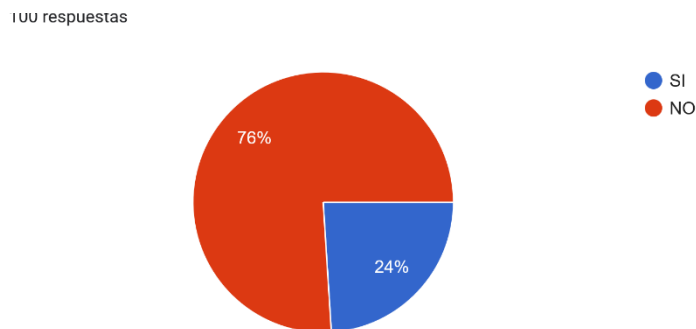
TABLA#8

PREGUNTA 4 ¿Considera proporcional que a una persona se le imponga una pena de 5 años por estafar a otra en la cantidad de mil dólares y a otra persona se le imponga la misma pena al estafar por la cantidad veinte mil dólares, bajo el mismo modus operandi?

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Sí	76	76%
No	24	24%
Resultados	100	100%

Nota: Esta tabla muestra el resultado de la cuarta pregunta de la encuesta. Fuente: abogados en libre ejercicio

GRÁFICO 5 ¿Considera proporcional que a una persona se le imponga una pena de 5 años por estafar a otra en la cantidad de mil dólares y a otra persona se le imponga la misma pena al estafar por la cantidad veinte mil dólares, bajo el mismo modus operandi?



Nota: Esta tabla muestra el resultado de la cuarta pregunta de la encuesta. Fuente: abogados en libre ejercicio

Descripción del ítem: En esta pregunta se planteó dos contextos hipotéticos en el que el perjuicio patrimonial divergentes entre sí y sin embargo la forma que se perpetra es igual.

Interpretación: Del resultado de la encuesta se deduce que el 76% considera que entre los dos contextos no existe proporcionalidad con relación a la pena impuesta.

Análisis: Se estableció los dos contextos de esa forma ya que normativamente es posible, ya que la norma tipifica un marco de pena privativa de libertad de cinco a siete años. Siendo que para el criterio de la mayoría de los encuestados es muy importante tomar en consideración el importe económico y no solo la forma en la que se perpetra el delito, aquello que acarrearía violación al principio constitucional de proporcionalidad entre este elemento del delito y la pena a establecerse.

TABLA#9

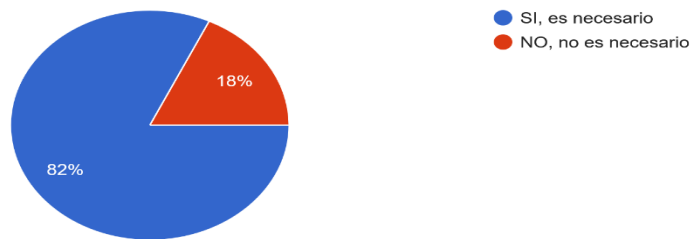
PREGUNTA 5 ¿Considera necesaria una reforma al tipo penal estafa, art. 186 del COIP, con enfoque a la determinación de la pena según el perjuicio económico a la víctima?

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
Sí	82	82%
No	18	18%
Resultados	100	100%

Nota: Esta tabla muestra el resultado de la quinta pregunta de la encuesta. Fuente: abogados en libre ejercicio

Gráfico 6 ¿Considera necesaria una reforma al tipo penal estafa, art. 186 del COIP, con enfoque a la determinación de la pena según el perjuicio económico a la víctima?

100 respuestas



Descripción del ítem: La interrogante planteada es directamente al criterio de los encuestados con relación a una necesidad de reforma al tipo penal estafa, siendo el enfoque el perjuicio económico de la víctima.

Interpretación: Los resultados reflejan que el 82% de los encuestados consideran que sí es necesaria una reforma a la estafa y que debe responder al elemento perjuicio económico.

Análisis: En concordancia con todas las preguntas, los encuestados, en su experiencia, sostienen que realmente es importante que el tipo penal responda a un elemento principal del delito de estafa, a saber, el perjuicio económico. La norma establece un marco de penas de cinco a siete años sin observar el elemento antes mencionado, por lo que al momento de imponer penas en concreto es necesario que el juzgador cuente con los insumos legales para prevenir una desproporcionalidad, aquello que no significa inobservar otros elementos de valoración propios del tipo penal ya establecidos.

TABLA#10

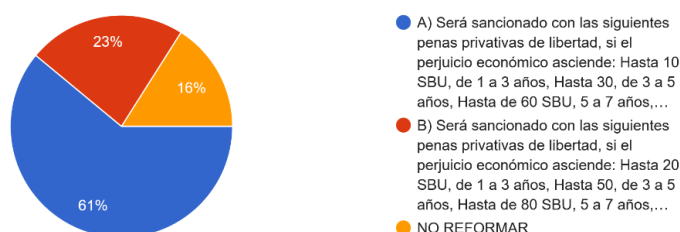
PREGUNTA 6 Si su respuesta anterior fue “sí”, selecciones las opciones de reformas del delito de estafa que considere proporcionales.

Valoración	Frecuencia	Porcentaje
a) Será sancionado con las siguientes penas privativas de libertad, si el perjuicio económico asciende: Hasta 10 SBU, de 1 a 3 años Hasta 30, de 3 a 5 años Hasta de 60 SBU, 5 a 7 años Más de 60 SBU 7 a 10 años	61	61%
b) Será sancionado con las siguientes penas privativas de libertad, si el perjuicio económico asciende: Hasta 20 SBU, de 1 a 3 años Hasta 50, de 3 a 5 años Hasta de 80 SBU, 5 a 7 años Más de 80 SBU 7 a 10 años	23	23%
No reformar	16	16%
Resultados	100	100%

Nota: Esta tabla muestra el resultado de la quinta pregunta de la encuesta. Fuente: abogados en libre ejercicio

GRÁFICO 7 Si su respuesta anterior fue “sí”, selecciones las opciones de reformas del delito de estafa que considere proporcionales

100 respuestas



Nota: Esta tabla muestra el resultado de la sexta pregunta de la encuesta. Fuente: abogados en libre ejercicio

Descripción del ítem: Esta última pregunta plantea dos posibles reformas al tipo penal estafa, con un enfoque al perjuicio económico.

Interpretación: El resultado de esta interrogante es que el 84% de los encuestados considera que efectivamente debe existir una reforma.

Análisis: En su mayoría sostienen que debe existir una reforma con enfoque al perjuicio económico a la víctima, por lo que se puede deducir que como está tipificado actualmente, el tipo penal solo se enfoca exclusivamente al hecho de estafar. Es importante señalar que la

reforma que consideran los encuestados, en casos en los que el perjuicio patrimonial no es elevado, posibilitaría la aplicación de la conciliación.

4.1.2 Entrevista a jueces de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón La Libertad, provincia de Santa Elena

Preguntas:

1. ¿Cuáles son las principales formas o modalidades de estafa que usted considera predominan en la provincia de Santa Elena?
2. ¿Cuáles son los elementos particulares para la determinación de una pena en concreto en el delito de estafa?
3. ¿Qué opina sobre la no posibilidad de conciliación en casos de delito de estafa en virtud de que el marco de la pena es de cinco a siete años de privación de libertad.
4. ¿Cree usted que el tipo penal estafa denota proporcionalidad abstracta entre la sanción y el perjuicio económico de la víctima?
5. En su experticia profesional ¿Qué tan relevante es el perjuicio patrimonial de la víctima para la imposición de la pena por delito de estafa?
6. En la práctica, ¿considera que las penas establecidas por delito de estafa cumplen con la finalidad preventiva del delito?
7. ¿Considera proporcional que a una persona se le imponga una pena de 5 años por estafar a otra en la cantidad de diez mil dólares y a otra persona se le imponga la misma pena al estafar por la cantidad veinte mil dólares, bajo el mismo modus operandi?

Entrevista al Dr. Leonardo Fabián Lastra Laínez, juez.

Lugar de la entrevista: Unidad Judicial Penal con sede en el cantón La Libertad

Resumen:

La estafa como tipo penal propiamente tiene sus elementos, a saber, el engaño o la deformación de la verdad por parte del sujeto activo del delito, aquello que lo convierte en error inducido a la víctima para perjudicar su patrimonio en favor del primero e inclusive a otras personas. En Santa Elena hay gama de modalidades de estafa y principalmente llega a mi conocimiento la perpetrada a través de redes sociales, como FB, IG, WS y TT, técnicamente a esto lo conocemos como el phishing.

Para la determinación de una pena en concreto es importante tomar en cuenta la noticia del delito, el reconocimiento del lugar de los hechos, el testimonio de la víctima, versiones de los testigos, informe investigativo de la policía judicial y principalmente, la determinación exacta de la existencia del patrimonio perjudicado a la víctima.

Anteriormente el Código Orgánico Integral Penal establecía una pena de tres a cinco años, sin embargo, ha existido una reforma para endurecer estas penas, llegando a ser de cinco a siete años, como operadores de justicia nos corresponde, al momento de aceptar medidas

cautelares reales o determinar una pena, tomar en consideración el perjuicio económico ocasionado.

Es sumamente importante el perjuicio patrimonial al momento de determinar una pena en este delito, ya que ese es el bien jurídico protegido, en ocasiones las víctimas pierden absolutamente todo, sin embargo, también se debe considerar otros aspectos atenuantes o agravantes y hasta las mismas circunstancias descritas en el tipo penal.

A mí criterio en ese sentido sí existe una desproporcionalidad de penas en los contextos diferenciadores de la estafa de mil y otro de diez mil dólares, que responden al indicador del perjuicio patrimonial, sin embargo, también se debe tomar en cuenta que lo que se castiga es el hecho, pero sí, es desproporcional.

Entrevista al Dr. Jean Daniel Valverde Guevara, juez

Lugar de la entrevista: Unidad Judicial Penal con sede en el cantón La Libertad

Resumen:

Las principales modalidades de estafa en santa Elena son las vías online, por llamadas telefónicas indicando que se han ganado un premio y con ello obtener información personal-bancaria y la suplantación de identidad por redes sociales. La pena se determina por la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes que influyen en la sanción, en la estafa la pena es de 5 a 7 años de privación de libertad.

Sobre la conciliación debo indicar que cómo principio general de la norma o la ley es que está manda, prohíbe o permite y en el delito de estafa como operadores de justicia debemos ceñirnos a la taxatividad de la ley.

Se debe aplicar lo que corresponde, tomar en cuenta el perjuicio económico de la víctima y es por se hace referencia entre la mínima y máxima sanción 5 a 7 años de privación de libertad. Por lo que sí es relevante el perjuicio patrimonial, ya que es un elemento fundamental.

En términos generales, la gravedad de una estafa debe ser proporcional al monto estafado, la mayoría de los sistemas legales consideran que la pena por estafa aumenta con la cantidad de dinero o bienes involucrados, sin embargo, la proporcionalidad puede variar dependiendo de la modalidad y de otros factores

4.1.3 Entrevistas a fiscales de la provincia de Santa Elena

Preguntas

1. ¿Cuáles son las principales formas o modalidades de estafa que usted considera predominan en la provincia de Santa Elena?
2. ¿Cuáles son los elementos fundamentales del delito de estafa que comúnmente se le dificulta establecer al momento de procesar y acusar a alguien sobre este delito?
3. Dentro del delito de estafa, ¿cuáles son los elementos de convicción con lo que solicita prisión preventiva?
4. En el delito de estafa ¿Qué tan relevante es el perjuicio patrimonial de la víctima para iniciar una investigación previa o instrucción fiscal?
5. ¿Cree usted que el tipo penal estafa denota proporcionalidad entre la sanción y el perjuicio económico de la víctima?
6. En la práctica, ¿considera que las penas establecidas por delito de estafa cumplen con la finalidad preventiva del delito?
7. Dentro de su ejercicio profesional, ¿ha percibido aplicaciones de penas desproporcionales que NO respondan al indicador del perjuicio patrimonial de la víctima?
8. Qué opina sobre la no susceptibilidad de conciliación en casos de delito de estafa en virtud de que el marco de la pena es de cinco a siete años de privación de libertad.

Entrevista al Dr. John Edwin Tipantasi Taipe, fiscal del cantón Salinas

Lugar de la entrevista: Fiscalía del Cantón Salinas

Resumen:

Puedo sostener que en Santa Elena es más recurrente el Phishing, concretamente a través del uso de las redes sociales con publicaciones falsas, ya sea en la supuesta venta de algún bien o premios que el incauto cree que ha ganado. Es más complicado establecer la materialidad y responsabilidad penal cuando se trata de estafas con relación a delitos informáticos.

Para solicitar prisión preventiva en estos casos es el reconocimiento del lugar de los hechos, la denuncia y el informe investigativo que denoten el nexo causal, se procura garantizar la reparación integral, por lo que es importante demostrar el daño causado a la víctima al momento de solicitar la medida. La norma no establece la cantidad del perjuicio patrimonial, sin embargo, considero que es tan importante como el hecho como tal.

Sobre la proporcionalidad, debo indicar que en la asamblea existió una serie de análisis para la tipicidad y a mi criterio es aceptable, necesaria, no podría decir que es desproporcional,

ya que existe unas circunstancias particulares que determina la ley cuando se debe imponer el máximo de la pena y esas son justificables.

El COIP es no es preventivo, sino que es aplicativo al hecho delictivo, no se observa la utilidad de la pena como finalidad preventiva en la realidad social. Considero que la norma establece que no se puede conciliar en la estafa ya que la tipología del delito es sumamente grave, sin embargo, sí debe existir una revalorización en casos específicos como la recurrencia o no de la comisión y de la viabilidad de la conciliación.

Entrevista al Dr. Patricio Centeno Soto, fiscal del cantón Salinas

Lugar de la entrevista: Fiscalía del Cantón Salinas

Resumen:

El primer elemento es el engaño, que se refleja a la promesa de algo y que ello conlleve a error a la víctima, ocasionando por último un perjuicio patrimonial para esta última. Existen varias modalidades de estafa, sin embargo, en mi experiencia puedo indicar que mayormente se presenta la utilización de la tecnología, ya sea correos electrónicos o redes sociales.

Para solicitar prisión preventiva se debe obtener, la noticia del delito, reconocimiento de lugar de hechos y evidencias, informe investigativo y principalmente el patrimonio numerario, como ejemplo, las certificaciones de fondos en bancos y registros de inmuebles, es decir, la demostración del patrimonio perjudicado.

Considero que sí es importante el importe del perjuicio económico, de hecho, la ley respalda aquello, ya que cuando el perjuicio es igual o mayor a cincuenta salarios básicos la pena va de siete a 10 años de prisión privativa de libertad, sin embargo, también se debe observar otras circunstancias como los agravantes y atenuantes que garanticen una proporcionalidad en las penas.

Es posible que no exista proporcionalidad entre una persona que estafe por quinientos dólares y otra que estafe por diez mil, el legislador se enfocó más al hecho; consecuentemente considero que es importante que se evalúe la posibilidad de modificar las penas bajo este indicador que me exponen para que sea posible una conciliación total y no parcial, sin embargo, repito, no debe dejar de mirar otras circunstancias como los agravantes y atenuantes, así como las propias establecidas en el tipo.

4.1.4 Matriz de análisis documental

Tabla#11 Matriz de análisis documental

Nombre de documento	Año	Autor	Tipo de documento	Conceptos claves	Conclusiones y aportes
La proporcionalidad en las penas	2009	Rojas, Ivonne	Artículo científico	Antecedentes de la proporcionalidad. - Se puede indicar que la proporcionalidad tiene sus primeras apariciones ya desde la edad antigua, en virtud que en obras como la de Platón, titulado “La Leyes”, hace referencia que las penas deben ser ajustadas a la gravedad del injusto penal.	Al reconocer la historia, se aprecian los antecedentes que personajes como Platón cimentaron para el entendimiento, en este caso de la proporcionalidad.
La aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema penal del Ecuador. Visión Crítica	2012	Tocto, Javier	Libro	El concepto de proporcionalidad. – La proporcionalidad exige que la reacción penal guarde congruencia con el ilícito y circunstancias; garantiza justicia al equilibrar penas abstractas y concretas, protegiendo derechos procesales sociales y evitando excesos desproporcionados.	Ahora bien, saber los conceptos ya establecidos sobre el tema, brinda una firmeza en los conocimientos, y supone un excelente trabajo.
La Constitucionalización del derecho penal en el Ecuador, con relación a los principios de legalidad, sometimiento al juez natural y seguridad jurídica basado en un análisis crítico del art. 81 de la Constitución de la República del Ecuador	2012	Osorio, Ramírez	Libro	La garantía constitucional busca prevenir errores judiciales y proteger la presunción de inocencia, impidiendo métodos inquisitivos que priorizan la verdad histórica sin salvaguardas, evitando efectivamente injustas condenas a inocentes.	Con la presunción de inocencia se garantiza una protección a la persona implicada en el ilícito, siendo efectiva para evitar una sanción injusta, de comprobarse en el transcurso del proceso que no ha sido partícipe.

Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad?	2013	Monroy, Ángel	Libro	Este límite al ius puniendi implica subsidiariedad punitiva, prioriza valoración de bienes jurídicos trascendentes, restringe la acción penal a daños graves, y exige agotamiento previo de medios administrativos, educativos y religiosos.	Es importante ya que asegura que el Estado sancione solo cuando proteja bienes jurídicos esenciales, reservando el derecho penal para daños graves y agotando vías alternativas legítimas y eficaces.
Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia	s.f.	Cuadra, José	Libro	Este es un mecanismo destinado a prevenir y solucionar los conflictos, constituido por un conjunto de actuaciones realizadas por las partes y el conciliador, que no tiene poder de decisión y ante el cual recurren los primeros en busca de un acuerdo, proponiendo si fuera necesario fórmulas conciliatorias que las partes pueden rechazar o aceptar.	Dada la saturación del sistema judicial, siempre será una vía idónea y factible, la resolución de conflictos, como la mediación y el arbitraje.
Diccionario Jurídico Elemental	1979	Cabanellas, Guillermo	Libro	Esta conducta dolosa se basa en defraudar mediante engaño, aprovechando la ignorancia o confianza del sujeto pasivo, configurando apropiación indebida con anuencia aparente y promesa falsa que vulnera la fe pública estatal.	Definir la estafa desde un punto de vista técnico-jurídico es esencial para el entendimiento del tema.
Teoría General del Delito de Estafa	2008	Salazar, Puan	Tesis	Señala la distinción esencial entre elementos objetivos que definen la exterioridad de la acción típica, mientras los subjetivos engloban la intencionalidad y conocimiento interno, requisito determinante para plena tipicidad y culpabilidad pena.	La objetividad y subjetividad para englobar el estudio del delito de estafa, es sustancial para determinar culpables y el tipo penal.

El bien jurídico en el derecho penal: Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual	2009	Kierszenbaum, Mariano	Artículo de revista	El concepto destaca que los bienes jurídicos trascienden la norma, reflejando valores sociales históricos. Reconocimiento legal protege intereses previos, fundamentales para la cohesión comunitaria y la legitimidad del sistema penal.	Dentro del delito de estafa, así como en los otros tipos penales, los bienes jurídicos suponen el espíritu del mismo, para determinar el nivel de daño causado.
Aspectos esenciales del delito de estafa en el Código Penal español	2019	Fernández, Alba	Libro	El delito de estafa incorpora un elemento falsario que vulnera la confianza social; la norma, así, sanciona conductas engañosas que perturban la buena fe necesaria en las relaciones sociales jurídicas.	La mentira es el componente supremo dentro de la estafa, combinado con el engaño, conductas que trasgreden la convivencia social.
Diccionario Jurídico	2020	Corte Superior de Justicia de Puno	Libro	El patrimonio integra el conjunto de derechos y obligaciones valorables económicamente, representando la suma de bienes y cargas de una persona. Constituye base para una protección jurídica y solvencia crediticia.	El patrimonio está definido como el compendio de bienes, dinero y rubros con un peso justo y necesario para demostrar ante la sociedad una solvencia.
Función y aplicación de la pena	2019	Rivacoba y Rivacoba, Manuel	Libro	En cuanto a la pena, cuando se refiere a individualización, se sabe el trasfondo, y lo que implica para la persona infractora.	La pena se debe aplicar siempre entendiendo su función, y en este sentido, individualizarla es necesario, porque no todos los contextos para sancionar son iguales.

Nota: esta tabla muestra la matriz del análisis documental que se ha realizado como técnica para el levantamiento de información. Elaborado por César Pozo, Heydy Tumbaco

Análisis de los resultados

Los abogados a través de las preguntas relacionadas con la experiencia en la materia efectivamente evidencian conocimiento del tema, ya que en su mayoría han patrocinado casos de estafas, contrastando cuáles son las modalidades en las que en mayor medida de presentan estos delitos y con relación al elemento fundamental del perjuicio económico consideran que es muy relevante a la hora de determinar una pena en concreto.

En la exposición de dos contextos hipotéticos didácticos en el cual se disponen mismas penas cuando el perjuicio económico difieren entre sí, han sido tajantes en señalar que esos contextos son desproporcionales por lo que consideran importante la necesidad de una reforma al delito de estafa que considere que el quantum punitivo guarde relación con el perjuicio económico.

Por otra parte, los jueces de la unidad judicial penal han manifestado de manera concordante que sin bien es cierto la norma no establece que la pena debe ajustarse a detrimento económico, sí es importante considerara al momento de determinar de la materialidad y responsabilidad penal.

Los agentes fiscales entrevistados consideran que las penas en el delito de estafa tienen un marco y que, dependiendo varios aspectos como el grado de participación, circunstancias agravantes y atenuantes, solicitan la pena que se considere proporcional, sin embargo, es relevante el perjuicio patrimonial y que pese a que tipo penal se enfoca solo a sancionar el hecho de estafa y más no la magnitud de la violación al bien jurídico protegido, debe existir una revalorización en esta particularidad.

En términos generales, la gravedad de una estafa debe ser proporcional al monto estafado, la mayoría de los sistemas legales internacionales consideran que la pena por estafa aumenta con la cantidad de dinero o bienes involucrados, tal como se encuentra plasmado en la revisión y análisis documental, esto, sin dejar de observar que la proporcionalidad puede variar dependiendo de la modalidad y de otros factores atenuantes, agravantes y los propios establecidos en el tipo.

Por último, del análisis documental también se desprende que el sistema penal ecuatoriano lleva consigo arraigado un fenómeno punitivista que termina irradiando en la mayoría de los tipos penales. El delito de estafa en el COIP pasó de tener un marco punitivo de 3 a 5 años a ser de 5 a 7 años de privación de libertad, por lo que esto bloquea la aplicación de la conciliación, institución que guarda estrecha relación con el principio de proporcionalidad.

4.2 Verificación de idea a defender

A partir del análisis documental, la entrevista y la encuesta, se concuerda que la estafa es un tipo penal que cuenta con varios elementos particulares propios, a saber: el engaño o ardid; el error; la disposición patrimonial; y, por último, el perjuicio patrimonial o el detrimento económico hacia la víctima, siendo que todos los elementos mencionados son indispensables para la determinación de la materialidad y responsabilidad penal.

Asimismo, del análisis documental, se puede verificar que en todos los códigos penales revisados a través del método de comparación jurídica en los países de, España, El Salvador, México y propiamente de Ecuador, en la tipificación del delito se establece una definición normativa del del delito de estafa, incluyendo los elementos principales antes mencionado, sin embargo, existe una divergencia entre Ecuador y el resto de los países relacionada a la determinación de la pena, ya que en el COIP no se considera el perjuicio económico y en el resto de códigos penales sí se toma en consideración el importe económico perjudicado, siendo que a mayor perjuicio mayor la pena a imponerse.

Los jueces y fiscales entrevistados sostienen que el principio de proporcionalidad toma importancia en el contexto expuesto, en razón que esta institución garantiza que la pena de una conducta típica no solo debe ajustarse debido a la gravedad del delito sino también del detrimento patrimonial.

En ese sentido, del trabajo de campo y de las aseveraciones de la muestra humana, se deduce que en este tipo penal no se ha observado la proporcionalidad abstracta con relación al elemento del perjuicio patrimonial, es decir lo legisladores han determinado un marco de penas que no podrían corresponder a la gravedad del bien jurídico protegido. Se verifica asimismo que el sistema penal ecuatoriano tiene arraigado un fenómeno punitivista y esa es la causa de que varios tipos penales, incluido el tipo penal estafa, incrementen su pena y a consecuencia de aquello imposibilita en cualquier caso que fuera la conciliación.

Con todo lo expuesto, del trabajo de campo y de análisis documental, se verifica que la forma de tipificación y el marco de las penas en la estafa establecido en el COIP, no toma en consideración un elemento principal del perjuicio económico, esto pese a que el bien jurídico protegido en este tipo sea el patrimonio, existiendo inobservancia de aplicación del principio de proporcionalidad, aquello que responde a la incidencia del sistema punitivista en el Ecuador y como consecuencia blinda la posibilidad de aplicación de medios alternativos de solución de conflictos por el quantum de la pena.

CONCLUSIONES

Luego la realización del trabajo investigativo conforme a lo objetivos planteados, la metodología aplicada para el levantamiento de información pertinente, así como de parámetros académicos pertinentes se ha cumplido finalmente con la verificación objetiva de la idea a defender, por lo que los investigadores arriban a las siguientes conclusiones:

La estafa se encuentra entre los cuatro delitos que más se cometen en Ecuador y concretamente en Santa Elena, datos respaldados por el Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales, de esto, el legislador ha respondido como comúnmente lo hace para contrarrestar la criminalidad, es decir, desde el arraigado sistema punitivista, pasando de un marco punitivo de 3 a 5 años a 5 a 7 años de privación de libertad.

La proporcionalidad en materia penal es un principio que consiste en la relación coherente entre el hecho delictivo y la sanción a aplicar, la proporcionalidad abstracta es aplicada por el legislador al configurar la norma y la concreta aplicada por órgano jurisdiccional. En este contexto, el legislador ha inobservado este principio limitante del poder sancionador estatal por cuanto al incrementar las penas en cualquier circunstancia, blinda la posibilidad de la conciliación y la justicia restaurativa.

A través del derecho comparado se puede concluir que los países de España, El Salvador, México, a diferencia de Ecuador, en sus códigos penales vigente sí toman en consideración el importe económico perjudicado para establecer el marco de la pena en el delito de estafa, denotando un análisis mayor de proporcionalidad abstracta.

El legislador al momento de configurar el tipo penal estafa ha recogido el concepto de este con todos sus elementos fundamentales: engaño, error, disposición y el perjuicio patrimonial, sin embargo, para la determinación de un marco punitivo solo se ha centrado en el hecho de estafa sin dar relevancia al importe económico ocasionado a la víctima, pese a que el bien jurídico protegido es el patrimonio.

RECOMENDACIONES

Lo suscritos investigadores posterior al arribo de las conclusiones, en relación con las mismas infieren las siguientes recomendaciones:

La existencia de estadísticas negativas de criminalidad, como en el caso de estafa que se encuentra entre los principales delitos que se comenten, no debe permitir la aplicación del arraigado sistema punitivista, con reformas de leyes que incrementen el marco de penas y es preferible buscar alternativas que garanticen la proporcionalidad.

Las comisiones de la Asamblea encargadas de los temas de criminalidad deben fortalecer y tomar en cuenta temas fundamentales como la proporcionalidad, ya que existe los recursos como sentencias constitucionales y el derecho comparado que demuestran que esta institución jurídica tiene una evidente relación con la mínima intervención penal; por lo que es importante reevaluar el marco de penas de la estafa y en casos específicos viables posibiliten aplicación de la conciliación, para que la prelación sea la justicia restaurativa y la prohibición de exceso del ius puniendi.

Los legisladores deben tomar en cuenta los instrumentos internacionales para la configuración de tipos penales, sino también el derecho internacional como tal, es decir cómo están regulados los delitos en los cuerpos penales de otros Estados con relación a la proporcionalidad abstracta.

El poder legislativo al configurar, promulgar y reformar los tipos penales, deben observar todos los aspectos fundamentales del delito para establecer el marco de las penas; como en el caso de delito de estafa sobre el indicador perjuicio económico.

BIBLIOGRAFÍA

- Alas, L., Carpio, H., y Flores, J. (2014). *LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO*. UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR. <https://repositorio.ues.edu.sv/server/api/core/bitstreams/46d90b19-650b-4caf-829d-a16a8398cf41/content>
- Aramburu, R. (27 de Diciembre de 2023). 20(53), 683-704. <https://doi.org/https://doi.org/10.24215/25916386e164>
- Arnold, R., Martinez, J., y Zúñiga, U. (2012). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Estudios constitucionales*, 10(1), 65-116. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf>
- Asamblea General de la ONU. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200 A: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador. (9 de Marzo de 2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Suplemento del Registro Oficial No. 544: <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/3363/1/C%3%b3digo%20Org%3%a1nico%20de%20la%20Funci%3%b3n%20Judicial%20%28COFJ%2010-03-2022%29.pdf>
- Cabanellas, G. (1979). *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*. HELIASTA S.R.L. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina34261.pdf>
- Caiza, K. (2023). *Principio de proporcionalidad en el establecimiento de multas asociadas con penas privativas de la libertad en contravenciones de tránsito en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/9751/1/T4257-MDP-Caiza-Principio.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal. (10 de Febrero de 2014). *Asamblea Nacional del Ecuador*. Registro Oficial Suplemento 180: https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Código Penal. (22 de Febrero de 1971). *Congreso Nacional del Ecuador*. Registro Oficial Suplemento 147: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_penal.pdf

- Corte Constitucional del Ecuador. (29 de septiembre de 2021). Sentencia No. 2137-21-EP /21. Quito.
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1NDAzMjFkOC00Y2MwLTQwMWQtOGM5Ni01MTU2YWY2ZmVjZWEucGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (28 de abril de 2021). Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS. Quito.
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiZGE2NDE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWVViNi1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (10 de noviembre de 2021). Sentencia No. 456-20-JP/21. Quito.
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic2NTc4YWZiYi00ZTZhLTRjMzQtYTkyNC05MzYxYzNmOTE5YjEucGRmJ30=
- Corte Superior de Justicia de Puno. (2020). *Diccionario Jurídico*. Puno, Perú: ZELA Grupo editorial E.I.R.L. <https://doi.org/978-612-5010-12-4>
- Cuadra, J. (s.f.). *MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO SOLUCIÓN COMPLEMENTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/040jose-guillermo-cuadra-ramirez.pdf>
- Dávila, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Laurus*, 12(Ext), 180-205. <https://doi.org/1315-883X>
- Demetrio, E. (2021). CRÍTICA A LA RETRIBUCIÓN COMO FIN DE LA PENA. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, 107-229. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.17980>
- Estupiñan, C. (2023). El principio de proporcionalidad en el delito de estafa en el Código Orgánico Integral Penal. *Ciencia Latina, Revista Multidisciplinar*, 7(1), 7954-7973. https://doi.org/https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i1.5023

- Farto, H. (2021). El delito de estafa en el Código Orgánico Integral Penal. Breve análisis del tipo penal y las reformas del 2019. *Revista Derecho Penal Central*(3), 135-149. <https://doi.org/https://doi.org/10.29166/dpc.v3i3.3341>
- Fernández, A. (2019). *Aspectos esenciales del delito de estafa en el Código Penal español*. Alcalá de Henares, España: Universidad de Alcalá. <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/39246/Fern%C3%A1ndez%20Mor%C3%B3n-%20TFM%20%28versi%C3%B3n%20final%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Fiscalía General del Estado. (2019). *Conoce sobre el delito de estafa*. Boletín No. 281. <https://www.fiscalia.gob.ec/FiscaliaInforma/fiscalia-informa-boletin281.pdf>
- González, Á. (1999). LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL. RAZÓN Y SENSIBILIDAD. *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 4(7), 253-280. <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/7bd83878-c6aa-43db-93ca-d0ebc43014e1/content>
- Guilcapi, V. (2022). *Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el delito de estafa*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/9010/1/T3944-MDC-Guilcapi-Justicia.pdf>
- Hernández, P. (Febrero de 2016). LA MEDIACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. *NOVA IUSTITIA*(14), 107-131. <file:///C:/Users/Kelvin/Downloads/36425-33351-1-PB.pdf>
- Herrera, J. (2014). El patrimonio. *Revista Mexicana de Derecho*(16), 67-100. <https://doi.org/2007-1043>
- Kierszenbaum, M. (2009). EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL. ALGUNAS NOCIONES BÁSICAS DESDE LA ÓPTICA DE LA DISCUSIÓN ACTUAL. *Lecciones y Ensayos*(86), 187-211. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>
- Ley Orgánica 10/1995. (23 de Noviembre de 1995). *Cortes Generales*. Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Asamblea Nacional del Ecuador. Quito: Ediciones Legales.
- López, P. (2004). Población, muestra y muestreo. *Punto Cero*, 09(08), 69-74. Población, muestra y muestro: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1815-02762004000100012&lng=es&tlng=es
- Martinez, F. (1987). *El método inductivo*. Monterrey, Nuevo León, México: Universidad Autónoma de Nuevo León. <http://eprints.uanl.mx/5599/1/1080071376.PDF>
- Medina, M., Rojas, R., Bustamante, W., Loaiza, R., Martel, C., y Castillo, R. (2023). *Metodología de la investigación*. Instituto Universitario de Innovación Ciencia y Tecnología Inudi Perú S.A.C. <https://doi.org/https://doi.org/10.35622/inudi.b.80>
- Ministerio de la Guerra. (1810). *Código Penal*. Universidad Autónoma de Nuevo León. http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1190000683/1190000683_MA.PDF
- Monroy, Á. (2013). *Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad?* Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. <https://doi.org/1692-3936>
- Montenegro, C. (1978). *Curso de Derecho Penal Especial*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Motta, D. (2010). Tránsito del Derecho penal Internacional desde el Tratado de Versalles y de Nuremberg hasta Roma. *Meritum*, 5(2), 161-186.
- Murillo, J. (s.f.). *Metodología de Investigación Avanzada*. Universidad Centroamericana José Simeón Cañas: http://www2.uca.edu.sv/mcp/media/archivo/f53e86_entrevistapdfcopy.pdf
- Nino, S. (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/19292>
- Orizaga, C. (22 de junio de 2011). *Tipos o clases de fichas bibliográficas*. Universidad Autónoma de Nayarit: <https://www.didacticamultimedia.com/registro/espanol/6/documentos/FICHAS.pdf>
- Ortíz, M., y Pérez, V. (2002). *Léxico jurídico para estudiantes*. Madrid: Técno GRUPO ANAYA, S.A. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/L%C3%A9xico-Jur%C3%ADdico-para-estudiantes.pdf>

- Osorio, R. (2012). *LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ECUADOR, CON RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, SOMETIMIENTO AL JUEZ NATURAL Y SEGURIDAD JURÍDICA BASADO EN UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 81 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*. Quito, Ecuador: UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK.
<https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/187/3/La%20constitucionalizaci%C3%B3n.pdf>
- Pavó, R. (2007). FUNDAMENTACIÓN SOCIO-JURÍDICA DE LOS PROCESOS NORMATIVOS. *18*, 102-122.
- Pena, W., y Pérez, A. (2024). *LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.). Madrid. Retrieved 3 de Octubre de 2024, from Vigésima tercera edición:
<https://dle.rae.es/estafa>
- Rojas, I. (2009). La proporcionalidad en las penas. *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 275-286. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>
- Ruiz, R. (2007). *El método científico y sus etapas*. México: Aulafacil.
- Salazar, J. (2008). *Teoría General del Delito de Estafa*. Cuenca, Azuay: Universidad del Azuay. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/4725/1/08798.pdf>
- Tocto, J. (2012). *LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA PENAL DEL ECUADOR. VISIÓN CRÍTICA*. Loja: Universidad Nacional de Loja.
<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/8167/1/Javier%20Ulises%20Tocto%20Palacios.pdf>
- Villabella, C. (2020). *Los métodos de la investigación jurídica. Algunas Precisiones*. México: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.
<https://doi.org/978-607-02-9034-3>
- Villacreses, T. (2018). El principio constitucional de la proporcionalidad y la actividad legislativa penal ecuatoriana. *REVISTA SAN GREGORIO*, 93-101.
<https://doi.org/1390-7247>

- Zaffaroni, E. (2006). *Manual de Derecho Penal, Parte General* (2da ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Zafra, C. (2006). Tipos de Investigación. *Revista Científica General José María Córdova*, 4(4), 13-14. <https://doi.org/1900-6586>
- Zambrana, P. (2005). Rasgos generales de la evolución histórica de la tipología de las penas corporales. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*(27), 197-229. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552005000100010>
- Zamora, j. (2015). *El fraude*. Editorial Porrúa México. <file:///C:/Users/Kelvin/Downloads/27901-25211-1-PB.pdf>

ANEXOS

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA, 2024

INVESTIGADORES: POZO OSORIO CESAR HERNÁN - TUMBACO BARRERA HEYDY ESTEFANIA

ANEXO 1

CUESTIONARIO APLICADO A ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO

OBJETIVO: Valorar la opinión de los abogados en libre ejercicio, con relación al principio de proporcionalidad en la penalización del delito de estafa, 2024, art. 186 COIP..

Estimado abogado: Sírvase dar lectura al presente cuestionario que permitirá profundizar aspectos relevantes en esta investigación, recomendamos dar respuesta con una X según corresponda.

1. ¿Cuáles son las principales formas o modalidades de estafa que usted considera predominan en la provincia de Santa Elena?

Suplantación de identidad	<input type="checkbox"/>	Clonación de tarjetas	<input type="checkbox"/>
Phishing (redes sociales o correo electrónico)	<input type="checkbox"/>	Otros	<input type="checkbox"/>
Inversiones (pirámides)	<input type="checkbox"/>		

2. ¿Ha patrocinado casos por delito de estafa?

SI NO

3. ¿En delito de estafa, para la imposición de penas, se debe considerar en mayor medida el perjuicio económico o solo el modus operandi?

El perjuicio económico Solo el modus operandi Ambos elementos

4. ¿Considera proporcional que a una persona se le imponga una pena de 5 años por estafar a otra en la cantidad de mil dólares y a otra persona se le imponga la misma pena al estafar por la cantidad veinte mil dólares, bajo el mismo modus operandi?

SÍ NO

5. ¿Considera necesaria una reforma al tipo penal de estafa, Art. 186 del COIP, con enfoque a la determinación de la pena según el perjuicio económico a la víctima?

Sí, es necesaria No es necesaria

6. Si su respuesta anterior fue "sí", seleccione las opciones de reformas del delito de estafa que considere proporcionales.

a) Será sancionado con las siguientes penas privativas de libertad, si el perjuicio económico asciende:

Hasta 10 SBU, de 1 a 3 años

Hasta 30, de 3 a 5 años

Hasta de 60 SBU, 5 a 7 años

Más de 60 SBU 7 a 10 años

b) Será sancionado con las siguientes penas privativas de libertad, si el perjuicio económico asciende:

Hasta 20 SBU, de 1 a 3 años

Hasta 50, de 3 a 5 años

Hasta de 80 SBU, 5 a 7 años

Más de 80 SBU 7 a 10 años

c) No reformar

Agradecemos vuestra colaboración



PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA, 2024

INVESTIGADORES: POZO OSORIO CESAR HERNÁN - TUMBACO BARRERA HEYDY ESTEFANIA

ANEXO 2

ENTREVISTA A JUECES

OBJETIVO: Valorar la opinión de los jueces de la Unidad Judicial Penal, con Sede en el cantón La Libertad, provincia de Santa Elena, con relación al principio de proporcionalidad en la penalización del delito de estafa, 2024, art. 186 COIP.

Estimado juez: Procederé a dar lectura las preguntas que permitirán a los investigadores a levantar información relevante con relación a la temática planteada, por lo que se servirá a absolver las mismas de manera abierta.

8. ¿Cuáles son las principales formas o modalidades de estafa que usted considera predominan en la provincia de Santa Elena?
9. ¿Cuáles son los elementos particulares para la determinación de una pena en concreto en el delito de estafa?
10. ¿Qué opina sobre la no posibilidad de conciliación en casos de delito de estafa en virtud de que el marco de la pena es de cinco a siete años de privación de libertad.
11. ¿Cree usted que el tipo penal estafa denota proporcionalidad abstracta entre la sanción y el perjuicio económico de la víctima?
12. En su experticia profesional ¿Qué tan relevante es el perjuicio patrimonial de la víctima para la imposición de la pena por delito de estafa?
13. En la práctica, ¿considera que las penas establecidas por delito de estafa cumplen con la finalidad preventiva del delito?
14. ¿Considera proporcional que a una persona se le imponga una pena de 5 años por estafar a otra en la cantidad de diez mil dólares y a otra persona se le imponga la misma pena al estafar por la cantidad veinte mil dólares, bajo el mismo modus operandi?



PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ESTAFA, 2024

INVESTIGADORES: POZO OSORIO CESAR HERNÁN - TUMBACO BARRERA HEYDY ESTEFANIA

ANEXO 3

ENTREVISTA A FISCALES

OBJETIVO: Valorar la opinión de los fiscales de la provincia de Santa Elena, con relación al principio de proporcionalidad en la penalización del delito de estafa, 2024, art. 186 COIP.

Estimado fiscal: Procederé a dar lectura las preguntas que permitirán a los investigadores a levantar información relevante con relación a la temática planteada, por lo que se servirá a absolver las mismas de manera abierta.

9. ¿Cuáles son las principales formas o modalidades de estafa que usted considera predominan en la provincia de Santa Elena?
10. ¿Cuáles son los elementos fundamentales del delito de estafa que comúnmente se le dificulta establecer al momento de procesar y acusar a alguien sobre este delito?
11. Dentro del delito de estafa, ¿cuáles son los elementos de convicción con lo que solicita prisión preventiva?
- 12.
13. ¿Cree usted que el tipo penal estafa denota proporcionalidad entre la sanción y el perjuicio económico de la víctima?
14. En la práctica, ¿considera que las penas establecidas por delito de estafa cumplen con la finalidad preventiva del delito?
15. Dentro de su ejercicio profesional, ¿ha percibido aplicaciones de penas desproporcionales que NO respondan al indicador del perjuicio patrimonial de la víctima?
16. Qué opina sobre la no susceptibilidad de conciliación en casos de delito de estafa en virtud de que el marco de la pena es de cinco a siete años de privación de libertad.

ANEXO 4 ENTREVISTA AL DR. LEONARDO FABIÁN LASTRA LAINEZ, JUEZ



ANEXO 5 ENTREVISTA AL DR. JEAN DANIEL VALVERDE GUEVARA, JUEZ



ANEXO 6 ENTREVISTA AL DR. JOHN EDWIN TIPANTASI TAIPE, FISCAL



**ANEXO 7 ENTREVISTA AL DR. PATRICIO OSWALDO CENTENO SOTO,
FISCAL**

