



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE**

**FACULTAD DE POSTGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PENAL**

**TEMA: “LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA  
PENA DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**

**Trabajo de Investigación previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho  
Penal**

**DIRECTOR:** Dr. Francisco Esteban Hernández Pereira

**AUTOR:** Abg. Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

**IBARRA - ECUADOR**

**2022**

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE**  
RESOLUCIÓN 173-SE-33-CACES 2020  
26 de octubre del 2020  
**FACULTAD DE POSGRADO**

Ibarra, 16 de junio del 2022

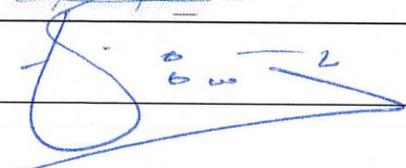
Dra. Lucía Yépez  
**DECANO/A**  
**FACULTAD DE POSTGRADO**

**ASUNTO:** Conformidad con el documento final

Señor(a) Decano(a):

Nos permitimos informar a usted que revisado el Trabajo final de Grado "LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENA DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL" del/la maestrante Lizandra Maribel Bastidas Ibujés, de la Maestría en Derecho mención Derecho Penal, certificamos que han sido acogidas y satisfechas todas las observaciones realizadas.

Atentamente,

	<b>Apellidos y Nombres</b>	<b>Firma</b>
Tutor/a	DR. FRANCISCO ESTEBAN HERNANDEZ PEREIRA	
Asesor/a	DR. OSCAR RENE ENRIQUEZ VILLARREAL	



Instituto de  
Posgrado

## UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

### BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

#### AUTORIZACIÓN DE USO Y PUBLICACIÓN A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

#### IDENTIFICACIÓN DE LA OBRA

En cumplimiento del Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, hago la entrega del presente trabajo a la Universidad Técnica del Norte para que sea publicado en el Repositorio Digital Institucional, para lo cual pongo a disposición la siguiente información:

DATOS DE CONTACTO		
<b>CÉDULA DE IDENTIDAD</b>	100269705-8	
<b>APELLIDOS Y NOMBRES</b>	Lizandra Maribel Bastidas Ibujés	
<b>DIRECCIÓN</b>	Av. Hernán González de Saa y calle Río Intag, Condominio "Jardín de los Ceibos".	
<b>EMAIL</b>	<a href="mailto:lizmarbasibu@gmail.com">lizmarbasibu@gmail.com</a>	
<b>TELÉFONO FIJO</b>	<b>TELÉFONO MÓVIL:</b>	0980640739

DATOS DE LA OBRA	
<b>TÍTULO:</b>	LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENA DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL
<b>AUTOR (ES):</b>	Lizandra Maribel Bastidas Ibujés
<b>FECHA:</b>	15/06/2022
SOLO PARA TRABAJOS DE GRADO	
<b>PROGRAMA DE POSGRADO</b>	Maestría en Derecho mención Derecho Penal
<b>TITULO POR EL QUE OPTA</b>	Magister en Derecho Penal
<b>TUTOR</b>	Dr. Francisco Esteban Hernández Pereira



Instituto de  
Posgrado

### CONSTANCIAS

La autora manifiesta que la obra objeto de la presente autorización es original y se la desarrolló sin violar derechos de autor de terceros, por lo tanto, la obra es original y la suscribiente es la titular de los derechos patrimoniales, por lo que asume la responsabilidad sobre el contenido de la misma y saldrá en defensa de la Universidad en caso de reclamación por parte de terceros.

Ibarra, a los 08 días del mes de noviembre del año 2022

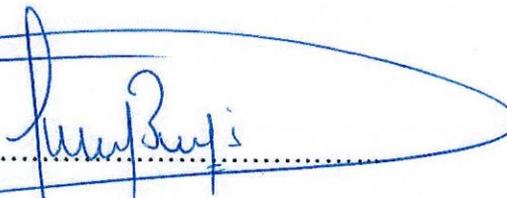
**LA AUTORA:**

Firma:

Nombre: Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

## DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación es dedicado a mí porque con mis luchas externas e internas he tenido que lidiar y plasmar este trabajo, a mi hija Samantha luz de mi vida, a quien digo que los sueños se cumplen pero con esfuerzo, a mi compañero de vida Horacio ya que juntos empezamos este camino, y a mis padres Esperancita y Bolívar quienes me han sabido formar en la vida, pues todos me dieron ánimo para llegar a esta instancia académica guiándome al éxito y confiando en mi capacidad.

f: 

Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

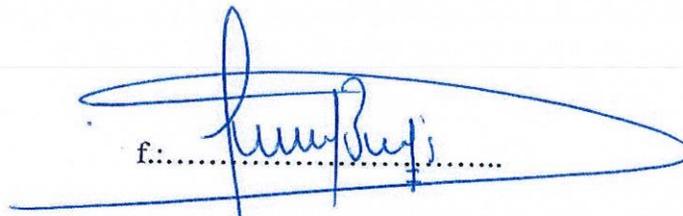
C.C. N° 1002697058



Instituto de  
Posgrado

## RECONOCIMIENTO

Agradezco a los docentes de la Universidad Técnica del Norte por contribuir a mi formación profesional y especialmente a los doctores Francisco Esteban Hernández Pereira y Oscar René Enríquez Villarreal, Tutor y Asesor de la presente tesis respectivamente.

f: 

Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

C.C. N° 1002697058

## CONTENIDO

RESUMEN .....	10
Palabras clave .....	11
ABSTRACT.....	12
Keywords .....	13
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA.....	14
1.1. Problema de investigación .....	14
1.2. Antecedentes .....	17
1.3. Objetivos de la investigación.....	21
1.3.1. Objetivo general.....	21
1.3.2. Objetivos específicos .....	21
1.4. Justificación .....	21
CAPÍTULO II: MARCO REFERENCIAL .....	23
2.1 Marco teórico .....	23
2.1.1 La Teoría de la Pena .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2.1.2 El desvalor de la acción y el desvalor del resultado .....	26
2.1.3 Graduación de la pena.....	28
2.1.4 Principio de proporcionalidad.....	31
2.1.5 La lesión al bien Jurídico como medida para la graduación de la pena.....	34

2.1.6	El delito de estafa y su configuración.....	35
2.2	Marco legal.....	38
2.2.1	La tipificación del delito de estafa en Ecuador.....	38
2.2.2	El delito de estafa en el derecho comparado.....	40
2.2.3	El principio de proporcionalidad en la legislación y jurisprudencia ecuatorianas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	46
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO.....		48
3.1.	Descripción del área de estudio .....	48
3.2	Enfoque y tipo de investigación.....	49
3.3	Procedimiento de investigación.....	50
3.4	Métodos .....	51
3.5.	Técnicas de investigación.....	52
3.5.1	Encuesta.....	52
3.5.2	Consideraciones Bioéticas .....	53
3.6.	Población .....	53
3.7.	Muestra .....	53
3.7.1	Determinación de la muestra .....	53
CAPITULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN O PROPUESTA .....		54
4.1.	Resultado y análisis de la encuesta efectuada a los fiscales y jueces del cantón Ibarra.....	54

4.2. Análisis de caso .....	61
4.3. Conclusión parcial del capítulo.....	63
CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	65
5.1 Conclusiones .....	65
5.2. Recomendaciones .....	66
REFERENCIAS.....	68
ANEXOS .....	71

### **INDICE DE TABLAS**

<b>Tabla No 1:</b> Muestra efectuada de encuesta .....	53
<b>Tabla No 2:</b> Encuesta, pregunta Nro 1.....	54
<b>Tabla No 3:</b> Encuesta, pregunta Nro 2.....	55
<b>Tabla No 4:</b> Encuesta, pregunta Nro 3.....	56
<b>Tabla No 5:</b> Encuesta, pregunta Nro 4.....	57
<b>Tabla No 6:</b> Encuesta, pregunra Nro 5 .....	58
<b>Tabla No 7:</b> Encuesta, pregunta Nro 6.....	59
<b>Tabla No 8:</b> Encuesta, pregunta Nro 7.....	60

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE**

**INSTITUTO DE POSGRADO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PENAL**

**TÍTULO DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

**“LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENA DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**

**Autor:** Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

**Tutor:** Francisco Esteban Hernández Pereira

**Año:** 2022

#### RESUMEN

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano tipifica el delito de estafa en su artículo 186 y establece una pena de entre 5 a 7 años de privación de libertad para las personas que han cometido este ilícito. Sin embargo, en la práctica diaria se puede evidenciar que en un gran número de procesos que se siguen en el cantón Ibarra por este delito, el monto de lo perjudicado va entre los mil y cinco mil dólares americanos; lo que implica que a las personas que han sido procesadas y sentenciadas por este delito se les deba imponer penas que no son proporcionales con respecto a dicho monto. De esta manera se evidenciaría un exceso por parte del Estado ecuatoriano en la dosificación de la pena, puesto que no habría proporcionalidad entre la infracción cometida y la pena. Por lo expuesto, en este trabajo de investigación se intentó verificar si la pena del delito de estafa respeta o no el principio de

proporcionalidad constitucionalmente establecido. Para ello, se hizo un estudio doctrinario de todo lo referente al principio de proporcionalidad de la pena para entender su fundamento, además, se analizaron los elementos objetivos y subjetivos que componen el tipo penal del delito de estafa y de las exigencias que plantea al legislador y al juez. A continuación, se encuestó a los operadores de justicia encargados de conocer las causas que por este delito se habrían cometido en el cantón Ibarra para conocer su punto de vista respecto al tema de investigación. Por último, y en base a las conclusiones obtenidas, se propuso tipificar de mejor manera el delito de estafa en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, para que esté acorde al principio de proporcionalidad constitucionalmente establecido, lo cual permitirá además la aplicación de mecanismos alternativos al proceso como la Conciliación.

Palabras clave:

Principio de proporcionalidad, delito de estafa, pena, exceso, garantías del debido proceso.

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE**

**INSTITUTO DE POSGRADO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PENAL**

**TÍTULO DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

**“LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PENA DEL DELITO DE ESTAFA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**

**Autor:** Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

**Tutor:** Francisco Esteban Hernández Pereira

**Año:** 2022

**ABSTRACT**

The Ecuadorian Comprehensive Criminal Organic Code typifies the crime of fraud in its article 186 and establishes a sentence of between 5 to 7 years of deprivation of liberty for people who have committed this crime. However, in daily practice it can be evidenced that in a large number of processes that are followed in the Ibarra canton for this crime, the amount of what was harmed ranges between one thousand and five thousand US dollars; which implies that people who have been prosecuted and sentenced for this crime must be imposed penalties that are not proportional to said amount. In this way, an excess on the part of the Ecuadorian State in the dosage of the sentence would be evidenced, since there would be no proportionality between the infraction committed and the sentence. Due to the above, in this research work it was tried to verify if the penalty for the crime of fraud respects or not the

constitutionally established principle of proportionality. For this, a doctrinal study of everything related to the principle of proportionality of the sentence was made to understand its foundation, in addition, the objective and subjective elements that make up the criminal type of the crime of fraud and the demands that it poses to the legislator were analyzed. and to the judge. Next, the justice operators in charge of knowing the causes that for this crime would have been committed in the Ibarra canton were surveyed to know their point of view regarding the subject of investigation. Lastly, and based on the conclusions obtained, it was proposed to better classify the crime of fraud in the Ecuadorian Comprehensive Criminal Organic Code, so that it is in accordance with the constitutionally established principle of proportionality, which will also allow the application of alternative mechanisms to process such as conciliation.

**Keywords:**

Proportionality principle, crime of fraud, penalty, excess, warranties.

## CAPÍTULO I: EL PROBLEMA

### 1.1. Problema de investigación

En la presente investigación se propone analizar la incidencia del principio de proporcionalidad en materia penal, específicamente en la pena aplicada al delito de estafa. Para ello es necesario determinar previamente qué se entiende por proporcionalidad. Según Paniagua (2013) este “es un principio fundamental dentro del Estado de Derecho e implica que las penas deben guardar relación con el daño causado por el delito”, lo cual implica que los medios legales previstos por el legislador y empleados por el juez en el tratamiento del caso sean adecuados para alcanzar los objetivos del sistema penal. En consecuencia, “aquella relación implica que un delito no debe acarrear una pena que no guarde concordancia con el injusto y la culpabilidad del autor” (Colegio de Abogados de la 4ta Circunscripción Judicial, s/f).

La proporcionalidad de la pena tiene dos dimensiones: Por un lado, se identifica con el interés de la sociedad de que se imponga una medida penal suficiente para la sanción de un delito y, por otro, debe garantizar al condenado el derecho a no sufrir una pena que exceda el límite del mal causado por el delito, ya que el objeto principal de la proporcional es la “prohibición de exceso”. En este sentido Mambrini (2010) en su artículo “La doble fase de los derechos fundamentales, la aplicación de los principios de protección deficiente y de prohibición de exceso en el derecho penal” señala que:

El Estado Democrático de Derecho tiene el deber de asegurar a los ciudadanos los derechos fundamentales por medios positivos y negativos. No se cuestiona que tal protección también es ejercida por medio de la (des) criminalización de conducta. En este caso, es necesario tomar en consideración los principios de prohibición de exceso y de protección deficiente, para justificar la elección de las figuras que deben ser criminalmente penados [...] No hay dudas de que esta protección también debe ser ejercida por medio de la (des) criminalización de conductas, pero, para alcanzar estos objetivos, es necesario tomar en consideración los principios de prohibición de exceso y de prohibición de protección deficiente, inherentes al propio Estado Democrático de Derecho.

Esta postura sobre la aplicación del sistema punitivo surge ya durante el siglo XVIII con Beccaria (2003) quien en su obra “De los delitos y las penas” expuso que al aplicar las mismas se debe “elegir los medios que deben provocar en el espíritu público el más eficaz y más duradero y también menos cruel con el cuerpo”, con lo cual se empezó a sustituir los tratos crueles, inhumanos y degradantes por la privación de la libertad como única forma de castigo, aunque en la aplicación de esta medida también se pueden incurrir en excesos, por lo que corresponde a los jueces modular su ejercicio.

El penalista español Mir Puig (1976) al tratar sobre el derecho a castigar en su obra “Introducción a las bases del derecho penal” expresaba que este se encuentra “reconocido al Estado por la propia constitución”, pero debe ejercerse únicamente para proteger a la sociedad. Esto nos lleva a hablar también del carácter fragmentario del Derecho Penal mediante el cual solo deben ser sancionadas únicamente las conductas más lesivas para los bienes jurídicos más importantes. En este sentido, el penalista colombiano Cote-Barco en su artículo “Constitucionalización del Derecho Penal y proporcionalidad de la pena” (2008), señala que:

El principio de proporcionalidad implica que en el derecho penal de un Estado constitucionalizado, no puede haber normas que consagren delitos sin fundamento alguno, ni tampoco penas excesivas. Dado que el Estado debe recurrir al derecho penal en tanto mecanismo último para la protección de derechos fundamentales al tiempo que con este recurso también los limita, el principio de proporcionalidad se erige como criterio que fundamenta la prohibición de exceso a través de la intervención del derecho penal en los derechos de las personas, incluso para algunos también como una prohibición de protección penal deficiente de esos mismos derechos, la proporcionalidad así se convierte en el elemento discursivo con el cual se pretende darle al derecho penal el alcance indispensable para que pueda cumplir con su finalidad, causando el menor daño posible.

Así pues, las normas que tipifiquen delitos sin fundamento alguno o aquellas que expresen una sanción desmesurada atentarían contra la supremacía de la Constitución pues es en dicho texto en donde se expresan los derechos y principios que rigen la vida del Estado. La regulación de los alcances de la sanción penal está a cargo de los jueces quienes dosifican

la pena al momento de sentenciar la culpabilidad del imputado, pero para llevar a cabo esta actividad presuponen de la actividad del legislador quien también tiene que aplicar el principio de proporcionalidad al momento de establecer las consecuencias del cometimiento del ilícito. Al respecto, el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República dispone:

Art. 76.- [Garantías básicas del derecho al debido proceso].- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008)

En virtud a este principio, la pena prevista para una infracción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, “tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo” (Bustos & Hormazábal, 2004). Esa proporcionalidad corresponde hacerla efectiva al juez a través de la sentencia, previa valoración de los hechos, las pruebas practicadas en audiencia y demás elementos que permiten determinar la tipicidad y juridicidad de la conducta que juzga. En este orden de ideas Lascurraín (2009) sostiene que existe un verdadero equilibrio entre los hechos probados y la sanción impuesta:

(...) si es proporcional al daño causado por la persona, y debe darse bajo tres presupuestos: a) La intervención debe ser idónea, es decir, si la amenaza de pena puede contribuir a la efectiva protección del bien jurídico afectado; b) Deber ser necesaria, esto es, si el recurso a la sanción penal resulta imprescindible para asegurar el efecto social perseguido y c) Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, en la medida en que de una comparación entre el desvalor del hecho delictivo y la pena se colija que la sanción elegida resulta adecuada para reparar los daños sufridos por la víctima y la violación del orden jurídico vigente.

Por otro lado, es necesario indicar que el delito de Estafa es una conducta delictiva frecuente en la sociedad ecuatoriana y se encuentra contemplado en el artículo 186 del

Código Orgánico Integral Penal (COIP) en donde se describe que quien lo cometa será sancionado con una pena privativa de libertad de entre cinco a siete años, sin que se haya tomado en cuenta para ello el monto total de lo estafado, por lo que aparentemente este tipo penal estaría contraviniendo el principio de proporcionalidad de la pena previsto en la Constitución. Por ello, la pregunta que guía el presente proceso de investigación es: ¿Se ha respetado por parte del legislador ecuatoriano el principio de proporcionalidad de la pena en la tipificación del delito de estafa previsto en el artículo 189 del COIP?

## **1.2. Antecedentes**

Una de las potestades que tiene el Estado es el *ius puniendi*, que consiste en la capacidad de imponer penas y/o medidas de seguridad a los ciudadanos que han realizado una conducta delictiva. El fundamento de esta potestad radicaría en “la necesidad de realizar la justicia por medio de la pena” (Mir Puig, Introducción a las Bases del Derecho Penal, 2003), misma que ha sido entendida como el medio más restrictivo de derechos del que dispone el Estado para restaurar el orden y la paz cuando han sido quebrantados.

A la pena tradicionalmente se le han asignado fines retributivos y preventivos. Según el retribucionismo – que tiene su fundamento en las teorías absolutas –, la pena consiste en la respuesta del Estado al mal causado por la comisión de un delito. Por el contrario, para el positivismo la función de la pena consiste en la “protección de los bienes jurídicos por medio de la prevención de delitos” (Mir Puig, 2003), en este sentido “el fundamento del *ius puniendi* sólo puede hallarse en la necesidad de protección de la sociedad” (Mir Puig, 2003). Sin embargo, ya sea que la pena tenga una finalidad retributiva o preventiva, esta se la debe aplicar respetando el principio de proporcionalidad, pues:

No sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que les inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas. Viceversa, si el daño social causado por un delito

es leve, la necesidad social de su prevención no será tan imperiosa como para justificar el recurso a graves penas. (Mir Puig, 2003).

Si no se tomase en cuenta la proporcionalidad entre injusto y pena, y se impusiesen penas igual de graves tanto para los delitos poco dañosos como para los que representan un daño grave para el bien jurídico, al delincuente le daría lo mismo, si es que tuviera alguna duda, decidirse a cometer un delito u otro. “Piénsese, pongo por caso, en lo que podría suceder si el hurto y el robo con homicidio tuviesen señalada idéntica penalidad: sin duda, aumentaría la frecuencia de comisión del robo con homicidio” (Mir Puig, 2003). Por lo tanto, es fundamental que, en un Estado democrático, se respete la proporcionalidad que debe existir entre injusto, es decir, según el daño que se ha causado a la sociedad.

Uno de los fines del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, aunque no de todos ellos sino únicamente de aquellos que se consideran los más importantes o elementales para la convivencia social. Para el amparo de estos bienes jurídicos se ha previsto el uso de las penas que pueden ser: i) privativas de libertad (la cárcel); ii) no privativas de la libertad (como la presentación periódica ante la autoridad, el uso de dispositivos de vigilancia electrónica, el servicio comunitario, etc.); y iii) restrictivas de derechos (como el decomiso de bienes, prohibición de participación política, etc.).

Sin embargo, esta facultad estatal está limitada por varios principios que deben ser respetados para que no se desborde el poder punitivo. Entre estos mandatos de optimización existe uno muy importante, que se deriva de la concepción de un estado democrático y que adquiere su máxima vigencia durante el proceso de creación de las normas que regulan el poder punitivo, y es el principio de proporcionalidad (Mir Puig, 2003).

[El cual] significa que la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente. No es lícito castigar con una larga pena de privación de libertad un hurto insignificante, ni puede ser sometido a una importante medida privativa de libertad quien demuestra solamente peligro de cometer algún hecho de escasa trascendencia (Mir Puig, 2003).

El principio de proporcionalidad se encuentra estrechamente ligado al de mínima intervención, por el cual “el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho” (Muñoz Conde, 2001). En este sentido resulta evidente que el principio de proporcionalidad representa una exigencia de un Estado democrático pues:

(...) un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan. Exigir proporción entre delitos y penas no es, en efecto, más que pedir que la dureza de la pena no exceda de la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado (Mir Puig, 2003).

Aunque el Legislador tipifica las conductas que representan un daño o una puesta en peligro para los bienes más importantes de los que disponen los ciudadanos para realizarse, y les asigna una pena es importante que esta sea proporcional al daño que esa conducta le ha ocasionado a la sociedad, pero su aplicación – como se expresó anteriormente – le corresponde a la función judicial que lo hace dentro de los mínimos y máximo de dosificación penal previstos en la ley. En efecto:

El principio de *proporcionalidad* debe orientar, también, el árbitro judicial. [...]. Baste añadir que en el momento judicial adquiere especial importancia la solución *justa* de los casos juzgados, lo que implica que cada sujeto sea castigado en proporción al daño causado y la peligrosidad del ataque representados por su delito. Éste es el camino de realización del postulado democrático de *igualdad* ante la ley (Mir Puig, 2003).

Por lo tanto, la proporcionalidad implica que: i) en la fase legislativa deben establecerse los tipos penales con sanciones que sean proporcionales al injusto cometido o al daño causado en la víctima o en la sociedad; y, ii) en la fase judicial, el operador de justicia debe disponer de estas penas para castigar al delincuente que ha cometido un delito, de forma proporcional a la gravedad del injusto cometido. Todo esto independientemente si el fin de la pena sea la retribución o la prevención.

Varias investigaciones científicas sobre el principio de proporcionalidad de la pena en el delito de estafa arrojan luz para tratar de comprender la importancia de regular adecuadamente la aplicación del *ius puniendi* en estos casos. Así, Velásquez Ramos (2021) sostiene que al momento de sancionar judicialmente al infractor se han de tomar en cuenta todos los derechos que se le vulneraron con independencia del bien jurídico tutelado. Por ejemplo, si el delito se cometió a través de medios tecnológicos o digitales o con amenazas o chantaje la pena privativa de libertad sería mayor pues además del derecho al patrimonio se habrían violado los derechos a la información confidencial, la seguridad digital, la privacidad y la integridad personal. Así mismo, la pena económica y reparación integral deberán tomar en cuenta los réditos o beneficios económicos que la víctima hubiese dejado de percibir por estos hechos delictivos.

Por otro lado, Villar Amasifen (2018) afirma que el principio de proporcionalidad en materia penal posee los mismos elementos que el principio de proporcionalidad en materia constitucional (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), por lo que han de aplicarse tales componentes al momento de imponer la pena al infractor. En este sentido, en una investigación realizada con respecto a varias decisiones emitidas por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el año 2015 se concluyó que con respecto al delito de estafa:

los jueces de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia impusieron una pena de dieciocho meses de prisión, analizando únicamente la inexistencia de atenuantes y tratando de justificar esta pena relatando los hechos sin razonarlos. Es decir, no se analizó las circunstancias del hecho delictivo como por ejemplo el perjuicio ocasionado con respecto a la capacidad económica de la víctima, el tipo de víctima e infractor, entre otras (Benavides Morillo, 2017).

Situación que permanece actualmente debido a que, por una parte, no se ha configurado de forma idónea por parte del legislador ecuatoriano la sanción para el delito de estafa en el COIP y, por otro lado, los jueces imponen penas privativas de libertad que no se correspondan con la gravedad real o no de los hechos generando exceso de la facultad punitiva del Estado.

### **1.3. Objetivos de la investigación**

#### **1.3.1. Objetivo general**

Determinar si en el tipo penal de la estafa del artículo 186 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal se aplica adecuadamente el principio de proporcionalidad y si nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia incurre en una omisión de la protección positiva de los derechos fundamentales relacionada con la prohibición de protección deficiente.

#### **1.3.2. Objetivos específicos**

- Determinar la naturaleza jurídica de los principios de proporcionalidad, mínima intervención penal, taxatividad y determinación de la ley penal desde el punto de vista doctrinal y comparado. (las diferencias con otros principios ej.: dosimetría penal en los delitos de estafa) y, principalmente, la omisión de la protección positiva de los derechos fundamentales relacionada con prohibición de protección deficiente.
- Incidencia del principio de proporcionalidad en la configuración jurídica del tipo penal genérico de estafa previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal.
- Realizar un estudio de casos para determinar cómo se aplica el principio de proporcionalidad en el delito genérico de estafa previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal en la ciudad de Ibarra, en el año 2020.

### **1.4. Justificación**

A través de esta investigación se propone estudiar las consecuencias que tiene para el procesado, la fiscalía y los jueces la inadecuada aplicación de los principios de proporcionalidad, mínima intervención penal, taxatividad y determinación de la ley penal en el tipo penal genérico de estafa previsto en el artículo 186 del COIP desde el punto de vista doctrinal, normativo y jurisprudencial para fundamentar la necesidad de establecer una escala

de acuerdo a la afectación patrimonial que ayude a determinar la sanción aplicable, evitando que el Estado continúe vulnerando la prohibición de protección deficiente.

El tema es novedoso porque actualmente existe un conflicto a nivel social y legal motivado por la inexistencia de una escala que permita establecer una relación entre la afectación patrimonial que tiene lugar en el delito genérico de estafa y la sanción aplicable, ya que el artículo 186 inciso primero del COIP determina el marco sancionador para este ilícito sin considerar el daño causado, por tanto la sanción que se aplica puede ser desproporcionada, a la vez que se crean expectativas falsas para la víctima que espera obtener una reparación integral para compensar los gastos en que incurrió dentro del proceso, sobre todo cuando la afectación es de una cuantía reducida.

Los beneficiarios de los resultados de la investigación serán en primer lugar las víctimas del delito genérico de estafa y en segundo lugar los actores del sistema de justicia (Fiscalía General del Estado, unidades judiciales y abogados en libre ejercicio de la profesión) quienes no aplican la protección positiva de los derechos fundamentales relacionada con prohibición de protección deficiente que forma parte integrante del principio de proporcionalidad. Igualmente, mediante esta investigación se beneficiará a los procesados quienes soportan las consecuencias de la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad que genera la judicialización de hechos sin una correcta dosificación de la pena y la falta de una solución expedita incluso alternativa al procesamiento penal que permita a la víctima revertir la afectación patrimonial sufrida a consecuencia del delito.

Desde el punto de vista teórico se podrá contar con un análisis profundo del principio de proporcionalidad y de las exigencias que plantea al legislador y al juez; y, desde el punto de vista práctico, un criterio objetivo para determinar su aplicación en el tipo penal genérico de estafa, al establecerse una relación entre la afectación y la sanción aplicable.

Este proyecto está enmarcado dentro de las líneas de investigación de la Universidad Técnica del Norte como es el desarrollo social y del comportamiento humano, ya que el Derecho Penal – y otras ramas multidisciplinarias como la Criminología – estudian la conducta de las personas que cometen delitos, así como los efectos de su comportamiento

dentro de la sociedad y el deber del Estado de sancionar estas conductas para mantener la paz y el orden social respetando principios constitucionales como el Principio de Proporcionalidad.

## CAPÍTULO II: MARCO REFERENCIAL

### 2.1 Marco teórico

#### 2.1.1 La Teoría de la Pena

El derecho penal al ser un medio de control social que tiene como finalidad el proteger bienes jurídicos como la vida, la libertad sexual, la salud, la libertad personal, etc., ha buscado los mecanismos más idóneos, necesarios y proporcionados para alcanzar su objetivo primordial como es el otorgar paz, armonía, seguridad y orden social a la comunidad, es por aquello que muy a parte de prohibir conductas o mandar a realizarlas, también diseño los medios que permitan sancionar o punir la transgresión de estas normas con estructura de regla, para lo cual dentro de la valoración normativa estableció la imposición de penas y medidas de seguridad.

“La pena se justifica por su necesidad como medio de reprensión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual es imposible. Su justificación no es por consiguiente una cuestión religiosa o filosófica, sino una amarga necesidad” (Francisco & Garcia , 2010, pág. 47).

En tal sentido la pena jamás estará en cuestionamiento como medio para garantizar la tutela de los bienes jurídicos, como es en el presente caso objeto de estudio el patrimonio de las personas, pero siempre se debe tener en cuenta que esta debe tener una proporcionalidad al supuesto de hecho fáctico y el resultado lesivo para la víctima y cumplir con los subtipos como idónea esto es que cumpla la razón para que fue creada y no responda al termómetro social y no a la política criminal, debe ser necesaria esto es que al existir otro mecanismo de protección de bienes jurídicos sea el derecho penal el llamado a cumplir esta misión y proporcional esto es que debe cumplir con el principio constitucional que toda infracción o

sanción administrativa debe ser sancionada al daño y la lesividad provocada al bien jurídico protegido.

La Doctrina dominante y el Derecho Penal a desarrollada teorías como la retributiva, de prevención general, prevención especial, la unificadora o mixta para explicar el fin de la pena que debe cumplir para que no sea transgredida evitando que los ciudadanos mediante su conducta desautoricen a la norma, para aquello la norma con estructura de regla emitida por el legislador debe inferir en el ciudadano común y hacer cumplir que dicha conducta está prohibida.

#### **a. Teoría de la retribución**

La teoría de la retribución nace como alternativa al derecho de venganza que poseían las familias cuando imperaba un estado de guerra, un estado primitivo en el que se buscaba con la pena no precisamente persuadir o advertir a las personas que ciertas conductas estaban vedadas de cometerse sea por acción u omisión, esta teoría tenía por fin explicar que la pena servirá para sancionar de una manera equitativa el cometimiento de una infracción penal al haber atentado a los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal. “El estado previene la inclinación delictiva con penas que por su naturaleza y magnitud deben posibilitar una influencia enérgica sobre el condenado y la comunidad” (Hans & Weigend , 2014, pág. 100).

La pena a imponerse será igual o tan drástica al daño cometido por el sujeto activo contando con la única diferencia que está acción punitiva tiene un tiempo a ser cumplido, pero de igual manera se desaparta totalmente de los fines sociales que persigue la pena, como es el rehabilitar, resocializar e reinsertar al ser humano y más bien lo que se busca es generar una impresión psicológico social o un escarmiento siendo esta la realidad en la que se halla el delito de estafa en donde se aplica una pena sin observar el monto económico de lo estafado, el perjuicio causado al patrimonio de la víctima, el grado de afinidad que se tenga entre el sujeto activo y pasivo y todas las circunstancias que reviste la certidumbre fáctica y su gravedad que se puedan demostrar, para que de esta manera poder imponer una sanción que sea idónea, necesario y proporcional y cumpla con los fines sociales .

## **b. La teoría de la prevención especial**

La prevención especial tiene a su principal artífice al profesor alemán Franz Von Litz, representante de la Doctrina Causalista, quien llevo en adelante el desarrollo de buscar y prevenir la comisión de infracciones penales mediante la aplicación de medidas psicopedagógicas que le permita inferir a la persona que si violenta la norma penal este recibirá la descarga punitiva por parte del estado.

Está estaba dirigida al autor del delito para que infiera y desista de cometer infracciones penales a futuro, a esté se le clasificara como un delincuente habitual al cual no se le puede corregir, un delincuente ocasional quien debe ser persuadido a que no cometa delitos y un delincuente corregible que si puede ser reeducado a que deponga su conducta. (...) ven el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de la corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento apartándolo de la vida social en libertad” (Francisco & Garcia , 2010, pág. 48).

Se puede apreciar que el sujeto activo del delito es observado como una persona que requiere la aplicación de programas de rehabilitación y resociabilización con la finalidad de ser reinsertado en la sociedad cumpliendo los fines sociales de la pena, respecto a la realidad ecuatoriana la prevención especial se traslada al plano utópico, toda vez que existe muchas variables, sean estas sociales, políticas y económicas que nos alejan de este objetivo, pero que muy a pesar de aquello se busca el implementar planes de rehabilitación para las personas privadas de la libertad. En referente al tipo penal de estafa que es la propuesta de este estudio, esta teoría se vuelve innecesaria ya que lo que se busca es que exista una proporcionalidad en la pena y que no se imponga una sanción drástica de cinco a siete años, cuando realmente los hechos que podrían agravar la conducta como el monto del perjuicio económico, el grado de relación con la víctima o la afectación patrimonial no afecta o lesionan tan drásticamente al bien jurídico como es el patrimonio.

### **c. La prevención general**

Cuando el legislador crea normas penales para tutelar los bienes jurídicos este busca que cale o se infiera en el individuo (norma primaria), de tal manera que se tenga sobreentendido en el fuero interno que la transgresión se halla descrito como tipo penal prohibido y ante la realización de esta conducta existe una sanción punitiva por parte del estado, aplicada por los jueces al haber verificado la existencia de una certidumbre fáctica (norma secundaria) con lo que se obtendría que la sociedad entiendan que la pena es el resultado a la infracción penal.

Según Claus Roxin en su obra “Derecho Penal, Parte General Tomo I”, al hablar de la Teoría de la prevención general, exponen que:

Esta doctrina, al querer prevenir el delito mediante normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye así mismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de imposición y de la ejecución de la pena puesto que de esto depende la eficacia de la amenaza. (Roxin, Derecho penal parte general, tomo I, 1997, pág. 90)

Esta Doctrina busca tanto una prevención general positiva al respaldarse en que el sistema judicial actúe incólume para dejar evidenciado que ante la vulneración de una norma penal esta tendrá una respuesta mediante una sanción punitiva con lo que la comunidad sentirá confianza en el sistema y una prevención negativa que va dirigido al ciudadano que ve como que las personas que actúan contrario a la ley reciben una sanción penal alcanzando un aprendizaje que llega al fuero interno de la comunidad con lo que se obtiene esta sensación de bienestar de paz y orden social en el cual se cimienta un estado constitucional de derechos y justicia social.

#### **2.1.2 El desvalor de la acción y el desvalor del resultado**

Según Jakobs (1997) “Injusta es una acción no tolerable socialmente”. Por lo tanto, el legislador hace una valoración de las conductas más lesivas para la sociedad porque representan una amenaza para un bien jurídico protegido y las plasma en un catálogo de

delitos. El sujeto que subjetivamente tiene la intención de realizar la conducta descrita en el tipo penal, realiza el desvalor de la acción o conducta.

En el delito de estafa, el desvalor de la conducta constituye la intención dolosa del sujeto activo de apropiarse del patrimonio ajeno a través del engaño. El engaño representa un elemento importante de la parte objetiva del tipo penal de estafa. Mir Puig (2008) respecto al juicio de desvalor que recae sobre una conducta, o desvalor que admite la antijuridicidad penal señala que: “pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible [probar la existencia del ilícito] sin tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho (Mir Puig, 2008).

Sin embargo, para que se constituya el injusto o ilícito penal, además del desvalor de la conducta realizada por el agente, en el delito de estafa es necesario que exista una lesión verificable empíricamente al bien jurídico. Según Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán (2010) “el juicio de antijuridicidad descansa siempre en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) producida por una acción también desvalorada (desvalor de acción).

Para el legislador ecuatoriano – así como para la mayoría de legislaciones que rigen en otros países – la estafa es una conducta desvalorada. En efecto, el artículo 186 del COIP prescribe que a la persona que obtenga un incremento patrimonial en base al engaño, se le debe imponer una pena de reclusión de 5 a 7 años (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). Consecuentemente a la estafa se la valora negativamente, ha sido desvalorada por la sociedad, en base a la jerarquía de valores por el que se rige la sociedad (Mourullo, 1978).

Sin embargo, la lesión al bien jurídico del patrimonio en el delito de estafa muchas veces es menor a la causada a otros bienes jurídicos más elementales, como la vida, por lo que la pena correspondiente por el ilícito cometido y su impacto en la víctima y la sociedad debe ser regulado de manera apropiada por el legislador de acuerdo a la importancia del bien jurídico afectado y el grado de lesión que se ha causado en este, con penas para que sean penas proporcionales conforme los principios constitucionales.

El Derecho Penal selecciona los bienes jurídicos más importantes, a los que les brinda una protección. Al mismo tiempo, castiga las conductas que objetivamente representan una lesión a esos bienes y que tienen relevancia social, es decir que han provocado consecuencias en el exterior. Por lo tanto:

El desvalor de acción cumple una función selectiva (destaca como particularmente intolerables determinadas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos) y sólo cobra significación jurídico-penal en la medida en que va referido a la creación de riesgos o lesiones de bienes jurídicos (Mourullo, 1978).

En consecuencia, en el delito obtento de estudio de este trabajo ha sido valorado negativamente por el legislador. El sujeto que subjetivamente tiene la intención de estafar a otra persona y realiza los elementos objetivos del tipo penal correspondiente, realiza el desvalor de la conducta del delito de estafa, sin embargo, para que se configure el injusto es necesario que se dé el perjuicio patrimonial del otro ciudadano; es decir, es necesario un desvalor del resultado que en este tipo penal en particular constituye el perjuicio patrimonial al otro individuo. Este perjuicio patrimonial debe servir de medida para la graduación de la pena por el principio de proporcionalidad constitucionalmente garantizado.

Una vez constatada la conducta típica y antijurídica, si es que no existe una causa de justificación se constituye el injusto penal (Roxin, 1997), pues de lo contrario sería antijurídica. Sin embargo, en lo concerniente al delito de estafa muy difícilmente se encontrarán casos en los cuales se pueda encontrar una causal de justificación.

### **2.1.3 Graduación de la pena**

El Estado, a través del *ius puniendi*, está facultado para imponer penas a las personas que han infringido las normas y han cometido un delito. Según Enrique Bacigalupo (1996) la pena es “la sanción que reprime comportamientos socialmente insoportables en tanto está limitada por el principio de culpabilidad, y medida en tanto está limitada por el principio de proporcionalidad”.

Históricamente las corrientes fundamentadoras de la pena han sido el retribucionismo y utilitarismo. Según Roxin (1997): “la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal que merecidamente (...) retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido”. La teoría retribucionista de la pena tiene su fundamento en la Ley del Talió (“ojo por ojo, diente por diente”) y sus principales representantes son Kant y Hegel.

El utilitarismo en cambio, le asigna fines preventivos a la pena. La pena no se impone en retribución al daño causado, sino que el fin de la pena es evitar que se cometan delitos. “La retribución mira al pasado mientras que la prevención al futuro” (Puig Mir, 2003). Las teorías de la prevención se dividen en prevención general positiva y negativa y prevención especial positiva y negativa.

Para Muñoz Conde y García Arán (2010) “la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad”. La pena es el medio más lesivo del que dispone el Estado para restaurar el orden y la paz cuando ha sido perturbado por una conducta lesiva.

Aunque a la pena se le han asignado fines de prevención del delito, esta nunca va a abandonar su esencia retributiva, por lo tanto, la graduación de la pena debe estar limitada por el principio de proporcionalidad que debe existir entre la lesión causada en el bien jurídico o antijuricidad material, y la duración de la privación de la libertad. Esto con la finalidad de que no se impongan penas excesivas contrarias a los principios constitucionales. “El criterio limitador de la gravedad de la intervención del Estado en la forma de pena o medida deja de cumplir su muy precaria función si esta limitación se concibe de una manera unitaria en base al principio de proporcionalidad” (Bacigalupo, 1996). Las penas excesivas no tienen un beneficio ni para el privado de libertad ni para la sociedad, conforme los sistemas funcionales del derecho penal. Respecto a la graduación de la pena Muñoz Conde y García Arán (2010) señalan que:

El concepto de antijuricidad material sirve para graduar la gravedad de la misma (no es igual un hurto de diez euros que uno de cien mil) y para elaborar criterios como el de insignificancia, intervención mínima, etc., que restringen el ámbito de aplicación del Derecho penal a los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes.

Así mismo, el tratadista argentino Raul Zaffaroni (1998) señala que:

Si bien la pena siempre es irracional, sobrepasa el límite de lo tolerable cuando el conflicto que opera como presupuesto es de lesividad ínfima o despreciable (principio de insignificancia) o, cuando no siéndolo, la pena prevista quiebra el límite de lo razonable de modo burdo, en cuanto a su proporción con la magnitud del conflicto o de la lesión.

Según la actual tipificación del delito de estafa en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, el perjuicio patrimonial mínimo provocado por esta actuación tiene la misma pena que un perjuicio patrimonial de monto económico elevado (La persona que estafó a su víctima por seiscientos dólares americanos tendría la misma pena que aquella que estafó por seis mil dólares americanos). En este sentido, a lo largo de este trabajo se ha insistido en que el Derecho Penal debe sancionar con una pena privativa de libertad proporcionada únicamente a las conductas que lesionen gravemente los bienes jurídicos más importantes.

Este es el fundamento del principio de mínima intervención penal: “el Derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquéllas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables” (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General, 2010). Únicamente las lesiones más graves a los bienes jurídicos protegidos merecen la intervención del derecho penal, siempre y cuando la pena a imponerse sea proporcional al daño ocasionado. Así mismo sostiene Roxin (1997) que:

(...) como la cantidad y calidad del injusto material son esenciales para el grado de culpabilidad y a su vez la medida de ésta tiene gran importancia para la medición de la pena, la pena resulta decisivamente co-determinada por el injusto material del hecho.

En el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano actualmente no se encuentra regulada la duración de la pena en base a la antijuricidad material, sino, parecería que se le

ha regulado en base a la antijuricidad formal, por lo que la duración de la pena no es proporcionalmente graduable por parte de los señores jueces.

#### **2.1.4 Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad de la pena está estrechamente ligado al principio de retribución. Según Mourullo (1978), el principio de retribución representa que: “la pena es esencialmente una privación de bienes que se impone como retribución por el hecho cometido”. Por lo tanto “la esencia retributiva de la pena postula necesariamente una relación de proporcionalidad entre la gravedad del hecho cometido y la gravedad del castigo”. Es entonces que la gravedad del hecho cometido, debe ser el fundamento para la graduación de la duración de la pena.

La gravedad del hecho depende del contenido de su ilicitud (v. gr., creación de un simple riesgo o causación de una lesión efectiva del bien jurídico, valor del bien jurídico ofendido, gravedad de la ofensa, etc.) y del grado de culpabilidad del autor por haberlo realizado (v. gr., ejecución intencional o imprudente del hecho, decisión reflexiva o decisión bajo impulsos pasionales, móviles abyectos o móviles altruistas, etc.) (Mourullo, 1978).

Específicamente el delito de estafa es un delito de resultado y de lesión, siendo necesario que se verifique el grado de lesión ocasionado al bien jurídico protegido. En consecuencia, la duración de la pena a aplicarse en este delito debe estar regulada de acuerdo a la gravedad del hecho, es decir, debe existir una proporcionalidad entre el ilícito cometido por el agente (daño causado por el delito o lesión ocasionada al bien jurídico), y la duración de la pena.

Según Muñoz Conde y García Arán (2010), “el principio de proporcionalidad es una idea de Justicia inmanente a todo el Derecho. Con él se quiere decir, ni más ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente”. Así mismo sostiene que como primer criterio que debe ser utilizado para establecer la gravedad de la pena a imponerse por el cometimiento de un determinado delito, es la importancia del bien jurídico afectado, “de ahí, por ejemplo, que los delitos contra la

vida sean los que se castiguen más severamente en los Códigos penales” (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General, 2010).

Sergio Politoff (2004) sobre la proporcionalidad de la pena señala que:

(...) se justifica con criterios de lógica y de justicia material. Este principio postula la proporcionalidad de la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole de bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de la culpabilidad del hechor.

El principio de proporcionalidad de la pena representa un límite para que el Estado no imponga penas demasiado largas a los sentenciados, lo que constituiría un exceso. Las penas que no guardan relación con el injusto cometido se convierten en penas irracionales. Vale resaltar que el injusto cometido se mide en base a la lesión ocasionada al bien jurídico, situación desde la que se debe partir para graduar su sanción. En este sentido Zaffaroni (2009) es enfático al señalar que en su dosificación están prohibidas las penas crueles, inhumanas o degradantes. En otra de sus obras, el mismo autor argentino señala que:

La pena debe adecuarse a la culpabilidad por el hecho, que corresponde siempre al contenido ilícito de cada injusto. Esta adecuación la impone el llamado principio de proporcionalidad, que no es necesario explicar apelando a cualquier teoría retributiva de la pena, sino como simple criterio de racionalidad impuesto por el principio republicano de gobierno: no es admisible que el Estado responda con penas desproporcionadas al contenido ilícito (a la jerarquía y entidad de la lesión del bien jurídico causada por el injusto) y al grado de reproche de culpabilidad conforme a las circunstancias concretas del hecho. (Zaffaroni E. , 2020)

Entendiendo la culpabilidad como el reproche que se le hace a un sujeto que ha cometido un delito, la pena a imponerle debe estar siempre graduada en base al contenido del injusto cometido, mismo que tiene estrecha relación con la lesión al bien jurídico. Por lo tanto, el estado no puede imponer penas desproporcionadas que constituiría un exceso.

La pena de prisión proporcional implica un determinado tiempo de sufrimiento adecuado a la culpabilidad por el hecho, pero si el sufrimiento es mucho mayor, ese tiempo

de sufrimiento superior quiebra la proporcionalidad y viola el correspondiente principio republicano: se está infligiendo a la persona un sufrimiento que no fue calculado por el legislador en el código al momento de establecer el tiempo de duración de la pena de prisión. (Zaffaroni E. , Penas Ilícitas un desafío a la dogmática Penal, 2020).

La privación de la libertad de un ser humano, siempre conlleva un sufrimiento o un suplicio. Aunque a la pena se le hayan asignado fines preventivo generales o preventivo especiales, la pena siempre va a tener un fundamento retributivo mediante el cual se restringen derechos a un ser humano por el delito que ha cometido. Sin embargo, este sufrimiento debe estar proporcionalmente regulado en base a la lesión causada al bien jurídico, para no imponerle un sufrimiento excesivo.

Según el autor argentino, la criminalización llega a ser irracional cuando se sancionan penalmente conductas que resultan de ínfima lesividad a los bienes jurídicos protegidos, cuando se restringen derechos de una forma desproporcional a la lesión ocasionada al bien jurídico (Zaffaroni E. , 2002). Y señala:

Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la *suspensión* del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se le llama *principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión* (Zaffaroni E. , 2002).

Sostiene además que al principio de proporcionalidad mínima de la respuesta punitiva también se lo llama principio de racionalidad y que constituye el antónimo de las penas crueles. Por otro lado, Enrique Bacigalupo (1999) respecto al principio de proporcionalidad sostiene:

(...) la "proporcionalidad de la pena concretamente aplicada al autor por el hecho cometido" encuentra protección constitucional (...) La prohibición constitucional de penas "inhumanas y degradantes" contiene implícitamente un principio de proporcionalidad: Sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona, es decir, no degradante. La historia de la humanización de las penas es la de su adecuación a una proporcionalidad que no resulte lesiva del sentimiento jurídico de cada

época. El principio de proporcionalidad de las penas es una fórmula vacía mientras no se establezcan qué criterios de proporcionalidad quedan fuera de la legitimidad constitucional.

Este autor sostiene que las penas desproporcionadas resultan ser penas inhumanas y degradantes. “Básicamente son inhumanas las penas que no guardan *proporcionalidad* con la gravedad del hecho cometido y con la responsabilidad del autor” (Bacigalupo, 1996). Sostiene además que esta desproporcionalidad le quita su legitimidad constitucional a la pena cuando es en perjuicio del autor, en cambio la desproporcionalidad que implica un beneficio para el autor no afecta la constitucionalidad de la pena (Bacigalupo, 1996).

### **2.1.5 La lesión al bien Jurídico como medida para la graduación de la pena**

Conforme la antijuricidad material, la lesión producida en el bien jurídico protegido penalmente sirve de medida para la graduación de la pena. Aún se mantiene en la mayor parte de la doctrina que el derecho penal protege bienes jurídicos. Pero ¿qué es lo que entendemos por bien jurídico? Al respecto Muñoz Conde sostiene:

La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan "bienes" y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el derecho, "bienes jurídicos". Así, pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social (Muñoz Conde, 2001).

Uno de estos bienes a los cuales el derecho penal le brinda protección es el derecho al patrimonio, mismo que encuentra protección constitucional y penal. Es indispensable para el desarrollo de un individuo dentro de la sociedad que el ordenamiento jurídico lo proteja de las formas ilícitas de aumentar su patrimonio, como puede ser a través de la estafa. Por lo tanto, el Derecho Penal castiga e impone una pena al individuo que a través del engaño aumenta su patrimonio en perjuicio de otro. Según Claus Roxin (1997):

(...) los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

La tipificación del delito de estafa tiene como finalidad proteger a los ciudadanos de las formas ilícitas que pueden ser empleadas para aumentar su patrimonio. En el delito de estafa se emplea principalmente el engaño para apoderarse del dinero de otro (patrimonio), por lo tanto, esta conducta engañosa representa una dañosidad social para la estructura conformada, en donde no se puede alterar la paz y el bienestar de los miembros de la sociedad.

La dañosidad social se encuentra determinada conforme a la lesión a los bienes a los que el Derecho Penal les brinda protección ya que son indispensables para el desarrollo de los individuos dentro de la sociedad. El derecho al patrimonio es indispensable para el desarrollo de un individuo dentro de la sociedad, por ello el derecho penal prohíbe las formas ilegítimas de adquirir dinero. La persona que ilegalmente aumenta su patrimonio altera la estructura de la sociedad.

#### **2.1.6 El delito de estafa y su configuración**

Para que se configure el injusto del delito de estafa es necesario el desvalor de la conducta por parte del agente, consistente en la intención dolosa de apropiarse del patrimonio de la víctima a través del engaño; pero, además es necesario que se produzca el desvalor del resultado, es decir que se produzca una lesión al bien jurídico del patrimonio. Según Ramiro Salinas Siccha (2008):

El delito de estafa se configura, aparece o se verifica en la realidad concreta cuando el agente haciendo uso del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta induce o mantiene en error al sujeto pasivo con la finalidad de hacer que este en su perjuicio se desprenda de su patrimonio o parte de él y le entregue en forma voluntaria en su directo beneficio indebido o de un tercero.

Para que se configure este delito es necesario que el sujeto activo del delito realice estos elementos en forma secuencial. Es decir, primeramente, el engaño, para hacer caer en el error al sujeto pasivo, y posteriormente la víctima entregue su patrimonio, lo que representa un perjuicio para este y un incremento ilícito del patrimonio del agente. Por lo tanto, el injusto penal de estafa tiene elementos particulares que deben ser cumplidos secuencialmente por el

agente y el orden es el siguiente: “1. Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta. 2. Inducción a error o mantener en él. 3. Perjuicio por disposición patrimonial. 4. Obtención de provecho indebido para sí o para un tercero” (Salinas Siccha, 2008).

En concreto, la figura de estafa no es la suma de aquellos componentes, sino exige un nexo causal sucesivo entre ellos, comúnmente denominado relación de causalidad ideal o motivación. Si en determinada conducta no se verifica la secuencia sucesiva de aquellos elementos, el injusto penal de estafa no aparece. Aquí no funciona el dicho matemático: el orden de los sumandos no altera la suma. Si se altera el orden sucesivo de sus elementos, la estafa no se configura (Salinas Siccha, 2008).

En este orden de ideas, es necesario analizar los elementos objetivos y subjetivos que configuran este tipo penal, mismos que se exponen a continuación:

#### **a. Elementos objetivos**

En cuanto a los elementos objetivos encontramos los siguientes: i) sujeto activo o estafador (que puede ser una persona natural o jurídica); ii) sujeto pasivo o estafado (que de igual manera puede ser una persona natural o jurídica; iii) el verbo rector principal es inducir a error y los verbos rectores anexos (aplicables solo como circunstancias agravantes) son alterar, clonar, duplicar, hurtar, robar u obtener sin legítimo consentimiento de su propietario tarjeta de crédito; alterar, modificar, clonar o duplicar los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares; entregar certificación falsa sobre las operaciones o inversiones; Induzca a la compra o venta pública de valores mediante engaño; efectuar cotizaciones o transacciones ficticias; e, induzca a error a otra persona, con el fin de realizar un acto que perjudique su patrimonio o el de un tercero; y, iv) el bien jurídico protegido es el patrimonio.

Haciendo énfasis en el verbo rector del engaño que hace referencia al agente que hace caer en error al sujeto pasivo para que este le entregue su patrimonio, lo que representa un perjuicio patrimonial para la víctima y un incremento patrimonial de forma ilícita para el sujeto activo.

## **b. Elementos subjetivos**

El delito de estafa requiere dolo, no es posible la comisión culposa. Es decir, el agente debe actuar con voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal, además del conocimiento de los mismos. Según el autor antes citado “esta última intención conduce a sostener que aparte del dolo, en el actuar del agente se exige la presencia de otro elemento subjetivo que viene a constituir el ánimo de lucro” (Salinas Siccha, 2008). Elemento subjetivo que se encuentra implícito en el tipo penal.

El delito de estafa constituye un delito de resultado que según Claus Roxin (1997) consisten “en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor”. Respecto al resultado del en el delito de estafa “el perjuicio patrimonial es subsiguiente al engaño” (Roxin, 1997).

Así mismo, el delito de estafa es un delito de lesión, es decir, el objeto de acción del tipo debe ser dañado. Según Politoff (2004): “son delitos de lesión aquellos en que la ley describe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo de un bien jurídico (...). En estos casos, la consumación del delito requiere la efectiva lesión del bien jurídico protegido” (Sergio Politoff L., 2004). La lesión al bien jurídico del patrimonio debe haber sido lesionado para que se configure el injusto.

Roxin sostiene que: “ en los delitos de lesión, que constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado” (Roxin, 1997). Es decir, la configuración del injusto penal de estafa requiere una efectiva lesión del bien jurídico del patrimonio, lo que constituye el desvalor del resultado. El grado de lesión causada al bien jurídico es lo que sirve para la graduación de la pena.

Sin embargo, como se analiza a continuación, en la tipificación del delito de estafa que actualmente se encuentra establecida en el COIP, la pena no se encuentra graduada de acuerdo a la valoración normativa con la que se cuenta el tipo penal esto debido a que este describe una conducta en abstracto que solicita de un sujeto que tenga como acción final la obtención de un beneficio patrimonial, para favorecer así mismo o a una tercera persona, el cual lo llevara a cabo mediante una acción planificada simulando hechos falsos o deformando

hechos verdaderos que serán a través de los cuales le lleven al error a la víctima quien se ve perjudicado en su patrimonio, con lo que se parecía que al subsumir el supuesto de hecho factico con el hecho jurídico automáticamente se tendrá ya una conducta disvaliosa que produjo un resultado lesivo.

Pero es precisamente lo descrito anteriormente lo que genera una aplicación desmedida del ius puniendi y es por aquello que se ha venido insistiendo durante el presente estudio de lo grave y violatorio que se constituye para las personas una aplicación desproporcionada de la pena, ya que el tipo penal no cuenta con elementos valorativos que le permitan al juez hacer una descarga punitiva mediante la aplicación de una condena de manera proporcionada, verificando en primera instancia la importancia del bien jurídico que se protege, y como se lo debería hacer esto sería el análisis referente al monto del perjuicio económico, el grado de relación con la víctima o la afectación patrimonial, ya que esto sería muy importante para poder imponer de manera correcta la pena en plena observancia a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que persigue el fin social de la pena.

## **2.2 Marco legal**

### **2.2.1 La tipificación del delito de estafa en Ecuador**

La tipificación del delito de estafa se encuentra establecida en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal que dispone lo 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, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años

La pena máxima se aplicará a la persona que:

1. Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario.

2. Defraude mediante el uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares.

3. Entregue certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que realice la persona jurídica.

4. Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.

5. Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor.

6. A través de una compañía de origen ficticio, induzca a error a otra persona, con el fin de realizar un acto que perjudique su patrimonio o el de un tercero.

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

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

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

Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

Como se expresó anteriormente los elementos del tipo objetivo del tipo penal de estafa del COIP son: 1.- La simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos; 2.-El error en el que se encuentra el sujeto pasivo; y 3.- El perjuicio patrimonial que sufre la víctima. Si no concurren estos elementos no se configura el injusto.

Sin embargo – tal como se ha podido evidenciar en el texto del artículo 186 del COIP – el legislador ecuatoriano no ha graduado la pena de acuerdo al grado de lesión causado en el bien jurídico protegido pues no es lo mismo un perjuicio patrimonial por el valor de un salario básico unificado del trabajador en general (SBUG) que uno de diez o veinte salarios, lo que constituiría una desproporcionalidad entre la pena establecida para el delito de estafa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y el injusto cometido.

### **2.2.2 El delito de estafa en el derecho comparado**

En lo que respecta a las tipificaciones del delito de estafa en los ordenamientos jurídicos de varios países de Sudamérica y Europa se puede evidenciar que la graduación de la pena que han hecho los legisladores de estos países, les permite a los jueces imponer penas más proporcionales de acuerdo al grado de lesión causado en el bien jurídico de la víctima. Incluso, en algunos de estos países se establecen atenuantes y agravantes del tipo base, lo que les permite a los juzgadores imponer penas que no representen un exceso para el sentenciado.

#### **a. Colombia**

En el país vecino de Colombia, se puede evidenciar que la tipificación del delito de estafa tiene un rango de pena más amplio, en la que el juzgador puede graduar de mejor manera la pena a imponer al sentenciado para que esta no llegue a ser excesiva. Es así que el artículo 246 del Código Penal Colombiano establece:

**Artículo 246. Estafa.** El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Congreso de Colombia, 2000)

En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.

La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigente.

Como se puede evidenciar: i) la pena mínima privativa de libertad es de apenas dos años (a diferencia del Ecuador en el que la pena mínima es de cinco años); ii) por otro lado existe una pena especial cuando el monto de lo estafado no excede los diez salarios básicos, con lo que se aplica de manera adecuada el principio de proporcionalidad.

## **b. Perú**

En el país vecino de Perú, el legislador ha fijado un rango de pena de uno a seis años para el delito de estafa, lo que le permite al juzgador imponer una pena respetando el principio de proporcionalidad respecto al grado de lesión ocasionado en el bien jurídico. Así mismo, ha determinado circunstancias agravantes para este delito, lo que le permitiría al juez imponer una pena más larga en función de la gravedad del hecho.

Artículo 196°. - El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años (Congreso de la República del Perú, 1991).

Artículo 196°-A.- Estafa agravada La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.

5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario (Congreso de la República del Perú, 1991).

A diferencia de Colombia la pena privativa de libertad mínima es de un año. Sin embargo, conforme se puede apreciar en la reforma realizada (Artículo 196 A°) hubo un momento en la realidad social peruana en la que se requirió precisar y sancionar con mayor dureza ciertas conductas que agravan el cometimiento de este tipo penal.

### **c. Bolivia**

En Bolivia el legislador ha tipificado del delito de estafa en dos artículos. El artículo 104° del Código del Sistema Penal de Bolivia establece el delito de estafa agravada en los siguientes términos:

#### **Artículo 104°.- (Estafa Agravada)**

- I. Será sancionada con prisión de cinco (5) a diez (10) años, reparación económica y, en su caso, inhabilitación, la persona que con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otra que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero y en cuyo accionar concorra alguna de las siguientes circunstancias:
  1. Actúe habitualmente o como miembro de una organización que se haya asociado para la comisión de este tipo de infracción penal u otras conexas;
  2. Deje a la víctima en situación de necesidad económica;
  3. El engaño o inducción al error recaiga sobre la calidad o cantidad de materiales de construcción de una obra poniendo en peligro la seguridad de las personas;
  4. Aproveche de su posición, cargo o de sus relaciones personales existentes con la víctima para potenciar el error en ella;
  5. Abuse de las necesidades, de las pasiones o de la inexperiencia de una persona menor de dieciocho (18) años o adulta mayor, o, abuse del estado de enfermedad o deficiencia psíquica de una persona, aunque no esté en interdicción o inhabilitada;
  6. Actúe en perjuicio de víctimas múltiples;
  7. Engañe sobre bienes de primera necesidad, vivienda u otros de reconocida utilidad social;

8. El error de la víctima sea provocado por simulación de un secuestro o extorsión;
  9. Simule documento que produzca efectos jurídicos; o,
  10. Engañe mediante manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o de la transmisión de datos.
- II. A las personas jurídicas se impondrá reparación económica y pérdida temporal de beneficios estatales; atendiendo las circunstancias del caso concreto y la gravedad del daño causado, la jueza, juez o tribunal podrá además imponer sanciones prohibitivas o la pérdida de la personalidad jurídica cuando concurren las circunstancias descritas en el Artículo 72 (Pérdida de la Personalidad Jurídica) de este Código (Asamblea Legislativa Plurinacional, 2017).

Así mismo, el artículo 232° del mismo Código expresa lo siguiente:

**Artículo 232°.- (Estafa)** La persona que, con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaños o artificios provoque o fortalezca error en otra que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero, y el valor de lo defraudado esté por encima de tres (3) salarios mínimos nacionales, será sancionada con prisión de dos (2) a cuatro (4) años, reparación económica y, cuando corresponda, inhabilitación (Asamblea Legislativa Plurinacional, 2017).

De la lectura de ambos textos se puede inferir que: i) el delito de estafa es uno de los más frecuentes en dicho país; ii) que su sanción es extremadamente punitiva puesto que no puede establecerse la diferencia en la aplicación de ambos artículos especialmente del numeral 2 del artículo 104° de la normativa penal; y, iii) que no exista una adecuada dosificación en la aplicación de las sanciones.

#### **d. Argentina**

En el ordenamiento jurídico argentino, el legislador ha establecido un rango de pena lo bastante amplio para que el juzgador al momento de imponer la pena, pueda graduarla de forma tal que no se convierta en una pena excesiva y sea proporcional al grado de lesión causado en el bien jurídico. Es así que el artículo 172 del Código Penal de la Nación Argentina se dispone lo siguiente:

**Artículo 172.** - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño. (Congreso de la República Argentina, 1984).

La pena mínima prevista en este Código es de un mes, por lo que el margen de dosificación a aplicar por parte del juez es extremadamente amplio con respecto a otros códigos en Sudamérica.

#### **e. España**

La tipificación del delito de estafa en el ordenamiento jurídico español es aún más exacta en cuanto a la proporcionalidad de la pena. Tal es así que en el artículo 249 del Código Penal español, se especifica que para imponer la pena se debe tomar en cuenta la cantidad en que se ha perjudicado a la víctima. Además, se le permite al juzgador imponer una pena inferior de acuerdo a la cuantía de lo perjudicado. Así mismo, se establecen circunstancias agravantes para este delito que implican una pena más elevada. Los artículos 248, 249 y 250.1 de este cuerpo legal disponen lo siguiente:

**Artículo 248.** 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.

2. También se consideran reos de estafa:

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

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que, utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero (Cortes Generales de España, 1995).

**Artículo 249.** 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 éste y el defraudador, los medios empleados por éste 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 (Cortes Generales de España, 1995).

**Artículo 250. 1.** El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1.º Reaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

3.º Reaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

4.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia. (Cortes Generales de España, 1995)

Los artículos que tipifican el delito de estafa son precisos y regulan de mejor manera que en América del Sur la dosificación de la pena y aunque no contemplan un catálogo de agravantes tan extenso como en el caso boliviano contempla por lo menos un mínimo de circunstancias agravantes.

#### **f. Alemania**

En Alemania, el legislador ha mantenido la regulación del delito de estafa desde 1871, año en el que se promulgó el Código Penal. En este sentido no ha considerado necesario fijar el mínimo de la pena correspondiente para este delito, lo que le brinda al juzgador la libertad de imponer una pena proporcional cuando la lesión causada al bien jurídico es mínima. Así mismo, ha establecido circunstancias agravantes de este delito para imponer una pena mayor. Es así que el artículo 263 del Código Penal Alemán dispone:

(1) Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídico, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos hechos, suscite o mantenga un error la desfiguración o la supresión de hechos verídicos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. (Parlamento Alemán, 1871)

(2) La tentativa es punible.

(3) En casos especialmente graves, el castigo será de pena privativa de la libertad de uno hasta diez años. Un caso especialmente grave se presenta cuando el autor.

1. actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de falsificación de documentos o estafa,

2. ocasione una pérdida patrimonial de grandes dimensiones o actúe con el propósito de conducir a un gran número de personas al peligro de la pérdida de activos mediante la comisión continuada de estafa.

3. conduzca a una persona a necesidad económica.

4. abuse de sus competencias, de su posición como titular de cargo.

5. simule una contingencia de seguro después de haber puesto fuego él u otro con este fin a una cosa de significativo valor o haberla destruido total o parcialmente por incendio o haber hecho hundir o naufragar un buque. (Parlamento Alemán, 1871)

El sistema penal alemán prevé situaciones diversas a las contempladas por la legislación boliviana y española con respecto a los agravantes de este delito. Esto ha de entenderse como la respuesta del legislador a los problemas sociales que se viven en cada uno de aquellos países.

### **2.2.3 El principio de proporcionalidad en la legislación y jurisprudencia ecuatorianas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Como se expresó al inicio de este trabajo, el principio de proporcionalidad entre el delito cometido y la sanción que debe imponerse al mismo aparece como uno de los

principios que guían el debido proceso en Ecuador. En efecto, el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala con claridad que le corresponde al legislador aplicar el mismo al momento de establecer las normas penales y el catálogo de delitos. Sin embargo, llama la atención que no se haga referencia al ejercicio de este principio por parte de los jueces, situación que también se echa de menos dentro del COIP.

El principio de proporcionalidad es tan amplio que la Corte Constitucional del Ecuador se ha visto obligada a realizar varias precisiones al mismo, así, en la Sentencia N° 006-13-SIN-CC distingue su aplicación en materia penal, administrativa, tributaria y de seguridad social (Corte Constitucional del Ecuador, 2013). En lo referente a materia penal, la misma Corte sostuvo que

el mismo posee una serie de subprincipios, como el de idoneidad de la norma de conducta y el de idoneidad de la norma de sanción; orientado el primero a identificar si la norma jurídica constituye un mecanismo adecuado y pertinente al logro del fin perseguido; y, el segundo, exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida (Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado varios precedentes jurisprudenciales con respecto al principio de proporcionalidad en materia penal en los que ha recogido la propuesta de Robert Alexy sobre este tema. En efecto, en la sentencia emitida dentro del caso *Kimel Vs. Argentina*, este organismo expresa que durante la dosificación de la pena por parte del legislador – e incluso por parte del juez – se han de tomar en cuenta los parámetros de legalidad, necesidad y proporcionalidad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

La Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado parámetros similares en su jurisprudencia. En efecto, en la sentencia N° 11-18-CN/19 se expresa que la proporcionalidad debe cumplir tres requisitos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha. La primera “implica que la medida tomada sea adecuada para cumplir el fin constitucional” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019), que en este caso es la rehabilitación del infractor;

el segundo requisito implica que la amplitud del tiempo de prisión debe ser “entre todas las posibles a tomar, la menos gravosa para el ejercicio de derechos” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019), es decir, que debe asegurarse que los años o meses de prisión son suficientes para alcanzar la rehabilitación sin que exista exceso; finalmente, el tercer requisito “exige mirar con atención los derechos de otras personas o grupos que podrían afectarse por la medida” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019) tales como los familiares del sentenciado o la misma víctima.

## CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

### **3.1. Descripción del área de estudio**

La presente investigación se llevó a cabo en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, en donde se encuestó a 4 fiscales que ejercen sus funciones en el cantón Ibarra, quienes son los encargados de conocer las causas por delitos contra el patrimonio suscitados en dicha circunscripción territorial. Así mismo, se encuestó a 7 jueces de garantías penales y a 5 jueces del Tribunal de Garantías Penales de la provincia de Imbabura, quienes se encargan de

imponer la pena por el cometimiento del delito de estafa. Las preguntas se orientaron a indagar si, a criterio de tales operadores de justicia, la tipificación del delito de estafa tiene una pena proporcional tomando en cuenta el monto de lo perjudicado. Igualmente se analizó casos reales respecto al cometimiento de este delito para analizarlo en base a los criterios expresados en este trabajo.

### **3.2 Enfoque y tipo de investigación**

En la presente investigación se emplearán distintos métodos investigativos basándose en un enfoque mixto que se utilizó al realizar el análisis de datos obtenidos tanto a través de la revisión bibliográfica como de las encuestas realizadas a los fiscales del cantón Ibarra encargados de los procesos penales por delitos contra el patrimonio, así como a los jueces de garantías penales del cantón y los jueces del Tribunal de Garantías Penales de la provincia, quienes emitieron sus criterios sobre el principio de proporcionalidad en el delito de estafa, lo cual facilitó la comprensión y descripción del fenómeno investigado.

En efecto, se procedió a analizar y evaluar la calidad técnica de la norma penal que tipifica el delito genérico de estafa prevista en el artículo 186 del COIP, en relación con los principios de proporcionalidad, taxatividad y determinación de la ley penal, y, respecto de la omisión por parte de nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia de la protección positiva de los derechos fundamentales relacionada con prohibición de protección deficiente.

La investigación se desarrolló en la primera parte con la revisión bibliográfica-documental de varias obras de importantes juristas especializados en el Derecho Penal, enfocado en la dogmática penal. En este sentido se analizó todo lo referente a la proporcionalidad de la pena y su relación con la lesión del bien jurídico protegido por las normas penales. Así mismo, se realizó un análisis de la tipificación del delito de estafa en la legislación ecuatoriana además de un estudio comparado con las legislaciones de varios países iberoamericanos, para determinar de qué manera esta tipificación difiere con la de nuestro país en relación a la graduación de la pena impuesta para el delito de estafa.

La segunda parte de esta investigación se realizó en la Fiscalía del cantón Ibarra, en la Unidad Judicial de Garantías Penales del mismo cantón y en el Tribunal de Garantías Penales de la provincia de Imbabura, donde se encuestó a los fiscales y jueces encargados de los procesos penales por delitos contra el patrimonio con la finalidad de determinar si los operadores de justicia de dicho cantón consideran que la pena por el delito de estafa está proporcionalmente regulada conforme la lesión causada al bien jurídico. También se analizó dos casos reales en los cuales la pena a imponerse por el delito de estafa habría sido desproporcional.

De acuerdo con el nivel de profundidad de la investigación, esta es descriptiva, pues se pretendió dar a conocer la incidencia del principio de proporcionalidad de la pena a imponerse por el cometimiento del delito de estafa en el COIP y su cumplimiento en un proceso penal que se tramitó en el mencionado cantón.

### **3.3 Procedimiento de investigación**

Esta investigación se lleva a cabo en el cantón Ibarra de la Provincia de Imbabura, que tiene un cinco Fiscalías encargadas de los procesos penales por delitos contra el patrimonio que se cometen en el cantón, entre estos el delito de estafa. Aquí se realizó una encuesta dirigida a los 4 fiscales encargados de llevar adelante los procesos por delitos de estafa que se han cometido en el cantón para determinar si la pena por este delito es proporcional al valor de lo perjudicado económicamente a la víctima. Así mismo, se realizaron encuestas a 7 Jueces de Garantías Penales del cantón y 5 Jueces del Tribunal de Garantías Penales de la provincia, quienes pudieron responder el cuestionario de preguntas cerradas y de opción múltiple, para determinar si la pena establecida en el COIP para el delito de estafa es proporcional a la lesión causada en el bien jurídico protegido, o si es necesario regularla de mejor manera para no vulnerar el principio de proporcionalidad constitucionalmente protegido. De igual manera se revisó un caso práctico para determinar la incidencia de la pena establecida por el delito de estafa en los procesos penales del cantón Ibarra.

### 3.4 Métodos

Como métodos de investigación se utilizaron los generales de las ciencias y los propios de la investigación jurídica. En concreto se emplearon los siguientes:

**Método dogmático jurídico:** mediante este método se estudió a profundidad la doctrina penal relacionada con el principio de proporcionalidad en materia penal, para entender lo que representa este principio en la tipificación de los delitos y como ha de graduarse en relación al daño ocasionado al bien jurídico protegido. Así mismo, se analizó la tipificación de este delito en la legislación ecuatoriana para determinar si la pena establecida es proporcional con la lesión al bien jurídico. Todo esto con la finalidad de establecer las incidencias de la tipificación de este delito en los procesos penales que por este delito se han seguido en este cantón.

**Análisis y síntesis:** Estos métodos aparecen y son aplicados de modo inseparable en las investigaciones científicas. El primero permitió descomponer el objeto o proceso investigado en sus partes básicas para conocer su estructura y función, mientras el segundo permitió realizar el proceso inverso para sistematizar los elementos esenciales del objeto o proceso estudiado. En la investigación ambos se aplicaron al analizar el tipo penal de estafa establecido en el artículo 186 del COIP, respecto a si la pena es proporcional a la lesión ocasionada al bien jurídico protegido. Así mismo, se determinaron las incidencias que tiene la pena establecida para este delito en los procesos penales del cantón Ibarra.

**Método Deductivo:** Este método permite pasar de las ideas generales a los datos concretos para constatar la validez de aquellas y explicarlas desde un punto de vista coherente entre los datos y su interpretación. En la presente investigación se partió del estudio del principio de proporcionalidad de la pena según la doctrina penal, para entender lo que representa este principio al momento de sancionar una conducta delictiva y posteriormente se hizo un estudio de la tipificación del delito de estafa en la legislación ecuatoriana y se analizó si la pena prevista en el mismo es proporcional al daño cometido.

**Método de análisis exegético-jurídico:** Es un método específico de las ciencias jurídicas y se aplica al estudio de las disposiciones jurídicas de cualquier jerarquía o contenido para analizar normas concretas, instituciones jurídicas o aspectos concretos de su contenido en cuanto a la configuración jurídica, desarrollo de principios o consecuencias de su aplicación en el contexto general del ordenamiento jurídico. En la presente investigación que se aplicó para el análisis del principio constitucional de proporcionalidad de la pena y su relación con el tipo penal de estafa establecido en el artículo 186 del COIP, para entender el fin que le dio el legislador al tipificar este delito y, consecuentemente, la pena establecida.

**Método jurídico comparado:** Mediante este método se determinó el sentido, alcance y contenido de un conjunto de normas o instituciones jurídicas contenidas en disposiciones jurídicas extranjeras y nacionales para determinar coincidencias, divergencias y tendencias en su configuración jurídica, interpretación o aplicación. En la investigación se comparó varios códigos penales de la región iberoamericana en cuanto a la regulación jurídica del delito de estafa, la aplicación del principio de proporcionalidad y la graduación de la sanción aplicable de acuerdo al perjuicio patrimonial ocasionado a la víctima.

**Estudio de casos:** Este método permitió contrastar los resultados de la investigación empírica y el análisis exegético-jurídico con su aplicación en un caso concreto, para establecer una triangulación entre los tres factores y determinar sus coincidencias o divergencias, así como la forma concreta en que son aplicadas por el legislador o el juez. Este estudio se realizó con una sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito genérico de estafa tipificado en el COIP, para constatar en su motivación los argumentos empleados por el juzgador para determinar la sanción aplicable en relación con el perjuicio patrimonial causado por el sancionado.

### **3.5. Técnicas de investigación**

#### **3.5.1 Encuesta**

Como técnica de investigación se aplicó una encuesta a los sujetos de interés indicados al inicio de este capítulo, que son los jueces y fiscales relacionados con la

investigación y sanción del delito de estafa, para conocer su opinión sobre aspectos puntuales relacionados con el principio de proporcionalidad y las dificultades que se derivan de la aplicación de esa figura delictiva.

### 3.5.2 Consideraciones Bioéticas

En la presente investigación no se aplican consideraciones bioéticas.

### 3.6. Población

<b>Personas a entrevistar</b>	<b>Total</b>
Fiscales encargados de los delitos contra el patrimonio en el cantón Ibarra	4
Jueces de Garantías Penales del cantón Ibarra	7
Jueces del Tribunal Penal de la provincia de Imbabura.	5
<b>TOTAL PERSONAS ENCUESTADAS</b>	<b>16</b>

**Tabla No 1:** Muestra efectuada de encuestas

**Autora:** Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

### 3.7. Muestra

#### 3.7.1 Determinación de la muestra

Como se trata de una muestra inferior a 30 unidades no se requiere de fórmulas de ninguna especie. El grupo a estudiar es una población finita, compuesta por los fiscales encargados de llevar los procesos por delitos contra el patrimonio en el cantón Ibarra, así como los Jueces de Garantías Penales del mismo cantón, quienes son los encargados de conocer los procesos por delitos contra el patrimonio – como el delito de estafa hasta la etapa evaluatoria y preparatoria – y, por último, los Jueces del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, quienes son los encargados de juzgar este delito.

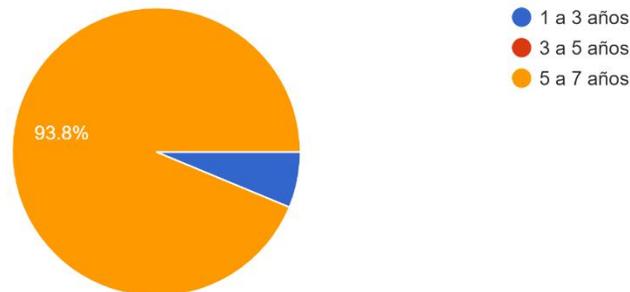
## CAPITULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN O PROPUESTA

### 4.1. Resultado y análisis de la encuesta efectuada a los fiscales y jueces del cantón Ibarra

#### Pregunta 1:

1.- La pena del delito de estafa es de:

16 respuestas



**Tabla No 2:** Encuesta, pregunta 1

**Fuente:** Fiscales y jueces del cantón Ibarra

**Autora:** Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

**Análisis:** La pena del delito de estafa constituye el tema central de esta investigación, pues la misma está encaminada en verificar si dicha pena es excesiva y desproporcional, ya que no está graduada de acuerdo al valor de lo perjudicado a través del cometimiento de este delito. En el COIP se ha establecido una pena de 5 a 7 años para la persona que comete este ilícito, sin darle la opción al juzgador de imponer una pena menor cuando el valor de lo estafado es de una cuantía pequeña.

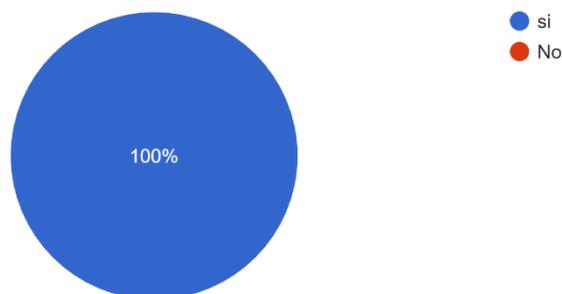
**Interpretación:** Según la gráfica, se puede verificar que el 93.8 % de las personas encuestadas, conformadas por operadores de justicia como fiscales y jueces del cantón Ibarra quienes son encargados de llevar los procesos por delitos de estafa, conocen cual es la pena correspondiente por el cometimiento de este delito.

**Conclusiones:** Las personas encuestadas tienen claro la graduación de la pena correspondiente por el cometimiento del delito de estafa, esto es importante por cuanto la encuesta se basa en el conocimiento de este tipo penal y sus consecuencias.

## Pregunta 2:

2.- ¿Conoce usted lo que representa el principio de proporcionalidad de la pena?

16 respuestas



**Tabla No 3:** Encuesta, pregunta 2

**Fuente:** Fiscales y jueces del cantón Ibarra

**Autora:** Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

**Análisis:** El principio de proporcionalidad de la pena representa uno de los temas centrales de esta investigación. Este principio se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, y mediante el mismo se establece que la pena a imponerse por el cometimiento de delitos debe ser proporcional al daño causado al bien jurídico protegido penalmente y a la sociedad. Este principio se ha analizado extensamente en este trabajo de investigación.

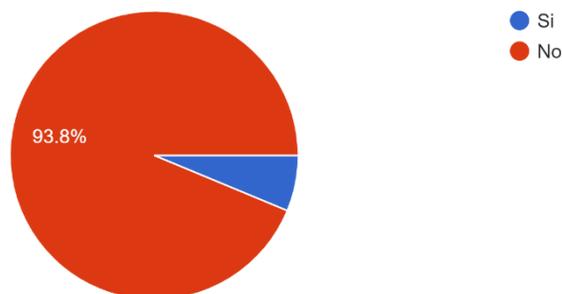
**Interpretación:** En la gráfica se puede verificar que el principio de proporcionalidad es de conocimiento de los operadores de justicia que fueron encuestados, conformados por fiscales y jueces del cantón Ibarra. Por lo tanto, los encuestados tienen claro el tema de esta investigación lo cual es importante para tener mejores resultados.

**Conclusiones:** Los encuestados conocen a la perfección lo que representa el principio de proporcionalidad en materia penal, por lo tanto, nos pueden dar información importante respecto a las preguntas que se han planteado a lo largo de esta investigación.

### Pregunta 3:

3.- ¿Considera usted que la pena del delito de estafa está graduada proporcionalmente conforme al valor de lo perjudicado?

16 respuestas



**Tabla No 4:** Encuesta, pregunta 3

**Fuente:** Fiscales y jueces del cantón Ibarra

**Autor:** Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

**Análisis:** La graduación de la pena establecida en el COIP para el delito de estafa debe ser proporcionalidad al daño o lesión ocasionados al bien jurídico protegido, por lo tanto, es importante verificar si los operadores de justicia encuestados consideran que la pena establecida para este delito respeta este principio.

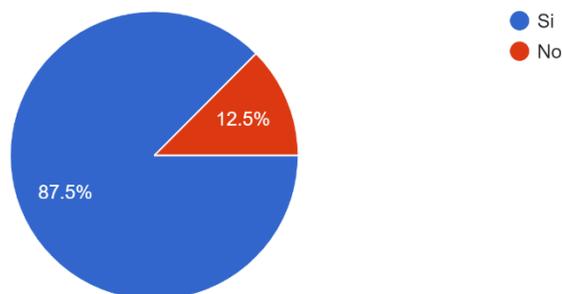
**Interpretación:** En la gráfica se puede verificar que el 98.3 % de las personas encuestadas consideran que la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal para el delito de estafa no es proporcional a la lesión o daño causado al bien jurídico protegido penalmente. Esto es importante por cuanto las personas encuestadas son los operadores de justicia que están a cargo de llevar los procesos por el cometimiento de este delito y conocen lo que ocurre en la práctica diaria.

**Conclusiones:** Según las personas encuestadas, la pena del delito de estafa establecida en el COIP no es proporcional; esto implica que, a su criterio, la pena a imponerse en los procesos por este delito sea excesiva e inhumana, lo cual no está permitido en los Estados que han ratificado tratados internacionales de derechos humanos.

#### Pregunta 4:

4.- ¿Ha conocido usted procesos de estafa en los cuales el perjuicio patrimonial provocado ha sido menor a mil dólares?

16 respuestas



**Tabla No 5:** Encuesta, pregunta 4

**Fuente:** Fiscales y jueces del cantón Ibarra

**Autor:** Lizandra Maribel Bastidas Ibijés

**Análisis:** Es importante verificar si en la práctica diaria de los procesos penales por delito de estafa que se siguen en el cantón Ibarra se dan casos en los cuales el monto de lo perjudicado es de una cuantía inferior a 1000 dólares de los Estados Unidos de América, por cuanto esto representaría que se estén imponiendo penas que no son proporcionales y constituirían un exceso por parte del Estado y, a su vez, una protección deficiente.

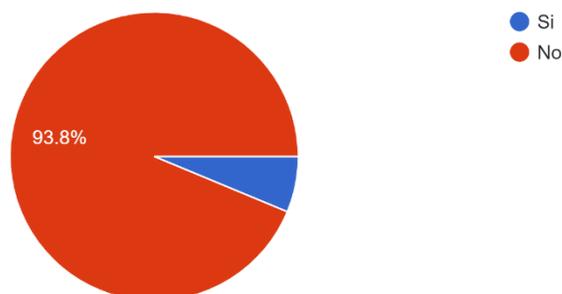
**Interpretación:** Según la gráfica, el 87.5 % de las personas encuestadas ha conocido casos en los cuales el monto de lo perjudicado es inferior a mil dólares de los Estados Unidos de América. Esto significa que este tipo de casos son bastante comunes en la práctica diaria de los procesos penales del cantón Ibarra, por lo tanto, se estarían imponiendo penas desproporcionales y excesivas.

**Conclusiones:** La mayoría de las personas encuestadas constituidas por los operadores de justicia encargados de llevar los procesos penales por delito de estafa en el cantón Ibarra, han tenido conocimiento de casos en los cuales el monto de lo perjudicado es inferior a 1000 dólares de los Estados Unidos de América. Esto implica que los juzgadores al no disponer de penas proporcionales a la cuantía de lo perjudicado, tengan que imponer sanciones desproporcionadas.

### Pregunta 5:

5.- ¿Considera usted que es proporcional imponerle una pena de 5 a 7 años, a una persona que cometiendo estafa ha perjudicado a otra en un monto inferior a mil dólares?

16 respuestas



**Tabla No 6:** Encuesta, pregunta 5

**Fuente:** Fiscales y jueces del cantón Ibarra

**Autor:** Lizandra Maribel Bastidas Ibijés

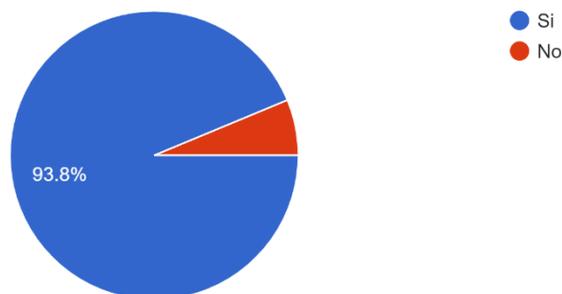
**Análisis:** Imponerle una pena proporcional al delincuente que ha cometido un delito significa que esta debe estar graduada de acuerdo a la lesión o daño que ha ocasionado en el bien jurídico protegido que, en el caso del delito de estafa, es el bien jurídico del patrimonio. Por lo tanto, es importante verificar si los encuestados consideran si imponerle una pena de 5 a 7 años a una persona que ha estafado a otra perjudicándole en un monto inferior a 1000 dólares de los Estados Unidos de América, les resulta proporcional.

**Interpretación:** Mediante la gráfica se puede verificar que el 93.8 % de las personas encuestada consideran que imponerle una pena de 5 a 7 años a una persona que ha perjudicado a otra en un monto inferior a 1000 dólares de los Estados Unidos de América por medio de la estafa, es desproporcional.

**Conclusiones:** La gran mayoría de las personas encuestadas consideran que es desproporcional imponerle una pena de 5 a 7 años, a una persona que ha cometido estafa por un monto inferior a mil dólares de los Estados Unidos de América. Por lo tanto, la graduación de la pena que ha hecho el legislador ecuatoriano no sería la adecuada.

6.- ¿Considera usted que resulta excesivo, imponerle una pena de 5 a 7 años a una persona que, cometiendo estafa, ha perjudicado a otra en un monto inferior a mil dólares?

16 respuestas



### Pregunta 6:

**Tabla No 7:** Entrevista, pregunta 6

**Fuente:** Fiscales y jueces del cantón Ibarra

**Autor:** Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

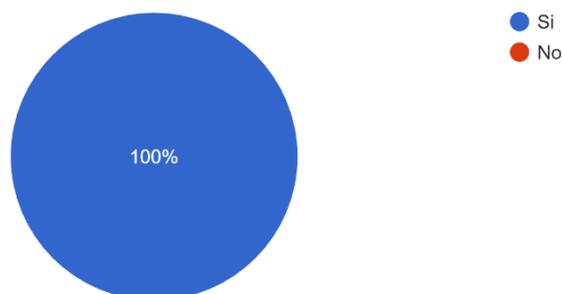
**Análisis:** Imponerle una pena a un delincuente que no sea proporcional al daño ocasionado al bien jurídico protegido penalmente, constituye un exceso por parte de cualquier Estado, ya que es su obligación respetar los tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por sus autoridades. De allí que estas penas se consideren inhumanas.

**Interpretación:** La gran mayoría de las personas encuestadas considera que es excesivo imponerle una pena de 5 a 7 años a una persona que a través de la estafa ha perjudicado a otra en un monto inferior a 1000 dólares de los Estados Unidos de América. Esto a su vez está en contra de principios limitadores del poder punitivo del Estado como la mínima intervención, que prohíbe castigar con penas demasiado severas los daños leves a los bienes jurídicos más importantes.

**Conclusiones:** La pena establecida en el COIP para el delito de estafa, resulta excesiva por cuanto no es proporcional a la lesión ocasionada al bien jurídico del patrimonio que ha sido lesionado mediante este tipo penal. Por lo tanto, resulta necesario brindarle al

juzgador una pena que le permita sancionar conforme el principio de proporcionalidad

7.- ¿Considera que la pena del delito de estafa debería ser graduada de una mejor manera por el legislador ecuatoriano, para que no sea excesiva y...ional respecto al perjuicio patrimonial provocado?  
16&nbsp;respuestas



establecido constitucionalmente.

### Pregunta 7:

**Tabla No 8:** Encuesta, pregunta 7

**Fuente:** Fiscales y jueces del cantón Ibarra

**Autora:** Lizandra Maribel Bastidas Ibujés

**Análisis:** El legislador es el encargado de graduar la pena de tal manera que respete el principio de proporcionalidad constitucionalmente establecido. En el caso de la tipificación del delito de estafa establecido en el artículo 186 del COIP, es importante verificar si los operadores de justicia consideran que esta tipificación respeta este principio, o si es necesario tipificar de mejor manera este delito para que la pena a imponerse no sea desproporcional y excesiva.

**Interpretación:** En la gráfica se puede observar que el 100 % de las personas encuestadas consideran que el legislador ecuatoriano debe tipificar de mejor manera el delito de estafa, para que la pena sea proporcional y no se impongan sanciones excesivas.

**Conclusiones:** Es necesario que se haga una reforma al artículo 186 del COIP para que el juzgador pueda imponer penas proporcionales y graduales conforme a la lesión

ocasionada al bien jurídico del patrimonio ocasionada por el delito de estafa y así no se vulneren derechos humanos.

## **4.2. Análisis de caso**

### **Expediente fiscal No. 1001018181607058 / Juicio Penal 10281-2018-00646**

#### **a. Teoría del Caso.**

El 25 de septiembre del 2015, Jean Carlos S., junto a Pablo D., tomaron contacto con Carlos P., ofreciendo vehículos de alta gama a bajo precio. Jean Carlos S., manifestó que tiene experiencia como importador desde hace 5 años y contactos en el SRI, la Aduana y la Embajada Americana. Jean Carlos S., y Pablo D., firmaron con Carlos P., un Contrato de Constancia comprometiéndose a entregarle un vehículo marca Ford, año 2012, color blanco, modelo Explorer. Para el efecto, se hizo el reconocimiento de firmas en la Notaría Cuarta del Cantón Ibarra, en donde no habría firmado la víctima, quien habría entregado 5000 dólares en efectivo y un cheque de 3000 dólares, pues la venta se habría pactado en 35000 dólares. La diferencia sería entregada al momento de entregar el vehículo. Sin embargo, hasta el año 2020 no habría ocurrido la entrega del vehículo, ya que en realidad Jean Carlos S. no era importador de vehículos y tampoco existía dicho automotor.

Fiscalía justificó que se han simulado hechos falsos por parte de Jean Carlos S. para apropiarse ilegítimamente de 8000 dólares, que la conducta del procesado fue continua desde el mes de junio del 2016, realizando llamadas y mensajes de texto por WhatsApp con audios y fotografías para mantener el engaño a la víctima, manifestando que el carro está en la Aduana, en revisión, o que falta la firma del responsable de tránsito. Además, justificó que esta conducta también se ha repetido hacía varias víctimas existentes por lo que acusó a Jean Carlos S., por el delito de Estafa según lo previsto en el artículo 186, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal.

#### **b. Sentencia del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura**

El Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, con voto de mayoría, declaró a Jean Carlos S., culpable – en el grado de autor directo – del delito de estafa y le impuso pena privativa de libertad de cinco años, multa de doce salarios básicos unificados del trabajador en general y la pérdida de los derechos políticos, por el mismo tiempo. Además, como medidas de reparación integral se ordenaron las siguientes:

- **Con respecto al derecho de conocimiento de la verdad:** La expedición de la sentencia deja constancia de la verdad procesal alcanzada.
- **Con respecto al derecho de restitución:** No se establece, pues, a criterio del Tribunal, el caso no se relaciona con la libertad, vida familiar, ciudadanía, nacionalidad, retorno al país, recuperación del empleo o del patrimonio, o restablecimiento de los derechos políticos.
- **Con respecto al derecho de rehabilitación:** De ser necesario, Carlos P., recibirá tratamiento psicológico a través de la Red de Salud Pública, por el período que el profesional pertinente lo estime necesario.
- **Con respecto al derecho de indemnización:** Jean Carlos S., debe cancelar a Carlos P., la cantidad de 3000 dólares, en el plazo de 30 días contados desde la ejecutoría de la sentencia sin perjuicio de las acciones civiles que pueda emprender la víctima para perseguir el pago de daños y perjuicios ocasionados.
- **Con respecto a las medidas de satisfacción:** En los quince días siguientes a la ejecutoría de la sentencia la víctima hará conocer al Tribunal si su deseo es que el sentenciado proceda a extenderles unas disculpas públicas, a través de una publicación en cualquier diario escrito de circulación a nivel local, cuyo costo correrá a costa del sentenciado o en una audiencia privada o a su vez, si desea que la presente sentencia escrita sea publicada en un diario de mayor circulación a nivel local, misma que correrá a costa del condenado; y,

- **Con respecto a las garantías de no repetición:** El Tribunal excita a que el Jean Carlos S., se comprometa ante la víctima y el Tribunal a no volver a cometer este tipo de infracciones pudiendo señalarse una audiencia para el efecto.

### **c. Análisis**

Este caso en virtud de las atribuciones constitucionales del Art. 195 fue tramitado por la suscrita en mi calidad de Fiscal de Imbabura de la Unidad FEDOTI 2 se puede evidenciar que el monto del perjuicio patrimonial era de ocho mil dólares de los Estados Unidos de América, según los elementos recabados en la investigación, más sin embargo como se puede apreciar el Tribunal de Garantía Penales de Imbabura, en el numeral 4 de su sentencia dispone una indemnización de tres mil dólares, una pena privativa de libertad de 5 años, y una multa de doce salarios básicos del trabajador (4.632.00). Esto por cuanto el inciso primero del artículo 186 del COIP inciso primero establece una pena de 5 a 7 años y el Art. 70 numeral 8 dispone dicha multa, lo cual constituiría una pena excesiva y desproporcional que iría en contra de los principios constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos que el Ecuador ha ratificado.

Por lo tanto, es menester que se adecue el tipo penal de estafa para que la pena a imponerse por parte del Juzgador sea graduable y a la vez proporcional al daño ocasionado al bien jurídico penalmente protegido del patrimonio. De lo contrario se estarían imponiendo penas excesivas que a la vez son inhumanas y constituirían un perjuicio para la sociedad por cuanto no cumplirían los fines que se le ha asignado a la pena dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

### **4.3. Conclusión parcial del capítulo**

Al analizar las respuestas de los encuestados se ha podido verificar que la pena establecida en el artículo 186 del COIP no es proporcional ni está regulada conforme la lesión

causada al bien jurídico protegido penalmente. Esto implica que, en la práctica, existen procesos iniciados por el delito de estafa en los cuales el monto de lo perjudicado es ínfimo, en consecuencia, los procesos no llegan a juicio por cuanto los gastos que conllevan los procesos judiciales llegan a ser incluso mayores que el mismo valor de lo perjudicado.

Al mismo tiempo, en caso de llegar a ser juzgados, la pena que se le impondría a la persona que ha cometido este tipo de delitos resultaría excesiva en proporción al valor de lo perjudicado, lo que constituiría una protección deficiente por parte del Estado, al imponer penas que resultarían inhumanas. Así mismo, se ha verificado la necesidad de que se tipifique de mejor manera este delito, en base a la antijuricidad material estudiada en esta investigación, para que se pueda sancionar de mejor manera los delitos de estafa seguidos en nuestro país y les permita a los juzgadores imponer una pena que tenga proporcionalidad con la infracción cometida o lesión ocasionada al bien jurídico. Es entonces deber del legislador graduar la pena en el tipo penal de estafa.

## CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1 Conclusiones

- a. La Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 76 que la proporcionalidad debe existir entre las infracciones y las sanciones penales. Por lo tanto, es deber del Estado, adecuar los tipos penales para que las penas guarden relación con el daño ocasionado al bien jurídico o al injusto ocasionado. Al mismo tiempo, se debe concretar de mejor manera la prohibición al Estado de imponer a los ciudadanos penas excesivas, inhumanas y degradantes.
- b. La antijuricidad material o lesión ocasionada al bien jurídico sirve de medida para graduar la pena. En el delito de estafa, la lesión ocasionada al bien jurídico lo constituye el valor o monto económico de lo perjudicado a través del engaño. Por lo tanto, la pena a imponerse a un individuo que ha realizado o cometido este delito debe tener relación y proporcionalidad de acuerdo al valor de lo perjudicado para que no se constituya un exceso por parte del Estado.
- c. Existen países iberoamericanos y europeos que han regulado la pena del delito de estafa de mejor manera que el legislador ecuatoriano, de tal forma que le permite al juzgador imponer al delincuente una pena proporcional al daño cometido por la estafa. Al mismo tiempo, esta regulación cumple con la finalidad asignada dentro de cada ordenamiento jurídico ya sea esta la prevención general o prevención especial.
- d. En la tipificación del delito de estafa establecida en el COIP, la pena de este delito, no es proporcional a la lesión ocasionada al bien jurídico; lo que ocasiona que en la práctica existan denuncias de estafa en las que el valor de lo perjudicado es de ínfimo valor en comparación con la pena a ser impuesta (5 a 7 años). Esto ocasiona que esos procesos no puedan ser juzgados por los costes que implican los procesos penales.

- e. Conforme a lo expuesto se puede afirmar que actualmente en el artículo 186 del COIP existe una falta de aplicación de los principios de proporcionalidad, taxatividad y determinación de la ley penal, lo que incide de alguna manera sobre otros principios como el de mínima intervención penal o el de legalidad, lo cual se debe a la falta de una escala que establezca la relación entre el valor patrimonial de la afectación y la pena concreta aplicable dentro del marco sancionador previsto por el legislador.
  
- f. Como consecuencia de ello se afecta el derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República, así como el debido proceso previsto en el numeral 6 del artículo 75 de la Norma Suprema pues se aplican penas que en ocasiones son desproporcionadas con respecto al daño causado; además se produce una sobrecarga del sistema de administración de justicia al no discriminar las causas por el valor de la afectación patrimonial que pudieran resolverse por otras vías menos gravosas para la víctima, el procesado y la propia administración de justicia. Todo esto deja de manifiesto una deficiente protección positiva de los derechos fundamentales por parte de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que relacionada con prohibición de protección deficiente.

## **5.2. Recomendaciones**

- a. A través de este trabajo de investigación se ha podido evidenciar la necesidad de que el legislador ecuatoriano tipifique de mejor manera el delito de estafa contenido en el artículo 186 del COIP, para que la pena de esta sea proporcional al monto económico de lo perjudicado, tomando como modelo las tipificaciones de este delito de países de la región como Perú y Bolivia, o países europeos como Alemania o España. Por lo tanto, como primera recomendación se sugiere tipificar el delito de estafa del artículo 186 del COIP de la siguiente manera:

*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 uno a siete 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 éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de tres SBU, se impondrá la pena privativa de libertad de seis meses a un año.*

- b.** Reformar de la manera ya mencionada el artículo del COIP referente a la estafa, para que se le permita al juzgador imponerle una pena proporcional al monto de lo defraudado y no se constituya en una pena excesiva e inhumana que contravenga los principios constitucionalmente establecidos. Así mismo, se impediría que personas pasen demasiado tiempo privados de libertad por delitos que se podrían considerar de bagatela.
  
- c.** Reformar el artículo 663 del COIP de tal manera que permita de manera taxativa, que en los delitos de estafa se pueda llegar a una conciliación entre las partes, esto con la finalidad de no sobrecargar el sistema carcelario del país que actualmente atraviesa una crisis profunda, y así mismo, la víctima de este delito pueda obtener una reparación económica de manera oportuna e inmediata.

## REFERENCIAS

- Asamblea Legislativa Plurinacional. (20 de diciembre de 2017). Ley N° 1005. Código del Sistema Penal.
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuator. Registro Oficial 449.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal* . Quito: Registro Oficial 180, Suplemento.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal* . Bogotá -Colombia: TEMIS.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios Constitucionales del Derecho Penal*. Buenos Aires: EDITORIAL HAMMURABI S.R.L.
- Beccaria, C. (2003, p. 49.). *De los delitos y la penas*. Sao Paulo, Brasil: Martín Claret.
- Benavides Morillo, R. (2017). *La imposición de las penas aplicando el principio de proporcionalidad por parte de los jueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el año 2015*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- Bustos, J., & Hormazábal, H. (2004). *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Trotta: Madrid.
- Colegio de Abogados de la 4ta Circunscripción Judicial. (s/f). *Doctrina: El principio de proporcionalidad de la pena por Marco Antonio Terragni*. Obtenido de Colegio de Abogados de la 4ta Circunscripción Judicial: <http://abogadoscuartacircunscripcion.com.ar/doctrina-el-principio-de-proporcionalidad-de-la-pena-por-marco-antonio-terragni/>
- Conde, F. M. (1975). *Introducción al derecho penal*. Barcelona: B de F Ltada.
- Conde, F. M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: TIRANT TO BLANCH.

- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). LEY 599 DE 2000. Código Penal. Diario Oficial No. 44097.
- Congreso de la República Argentina. (1984). *Código Penal de la Nación Argentina*.
- Congreso de la República del Perú. (03 de Abril de 1991). *DECRETO LEGISLATIVO 635. CÓDIGO PENAL*. Ministerio de Justicia.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2013). *Sentencia N° 006-13-SIN-CC*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Sentencia N° 11-18-CN/19*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*.
- Cortes Generales de España. (23 de noviembre de 1995). *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24/11/1995.
- Cote-Barco, G. (2008, p. 133). Constitucionalización del Derecho Penal y proporcionalidad de la pena. *Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia N° 116*, 119 - 151.
- González Peña, O. (2010). *Teoría del Delito, Manual Práctico Para su Aplicación en la Teoría del Caso*. APECC.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: MARCIAL PONS.
- Lascurraín, J. (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Madrid: BOE.
- Mambrini Rudolfo, F. (2010, pp. 345 y 347). La doble fase de los derechos fundamentales, la aplicación de los principios de prohibición de protección deficiente y de exceso de prohibición en el derecho penal. *Revista Electrónica de Derecho y Política de la Universidad del Valle e Itajaí, Brasil, Vol. 5 N° 3*, 345 - 368.

- Mir puig, S. (1976). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- Mir Puig, S. (2003). *Introduccion a las Bases del Derecho Penal*. Montevideo: IB de F.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: REPERTOR, S.L.
- Mourullo, G. R. (1978). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: CIVITAS.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introduccion al Derecho Penal*. Montevideo: IBdeF.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: TIRANT TO BLANCH.
- Paniagua, D. (2013). *El principio de proporcionalidad*. Buenos Aires: <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/proporcion.htm>.
- Paniagua, D. (2013). *El principio de proporcionalidad de la pena*. Buenos Aires, Argentina: <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/proporcion.htm>.
- Parlamento Alemán. (15 de mayo de 1871). Código Penal Alemán.
- Ramos, M. G. (2021). *La influencia del principio de proporcionalidad de la pena en el delito de estafa en el distrito de Los Olivos, 2020*. Lima: Universidad Peruana de las Américas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general, tomo I*. Madrid: Civitas.
- Salinas Siccha, R. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: EDITORIAL IUSTITIA S.A.C.
- Sergio Politoff L., J. P. (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*. Santiago: EDITORIAL JURIDICA DE CHILE.
- Tribunal de Garantías Penales de Imbabura. (2020). *Juicio Penal N° 10281-2018-00646 (Sentencia)*. Juez Ponente: Sigifredo Rolando Mejía Romero

Villar Amasifen, G. (2018). *El delito de estafa y el principio de proporcionalidad de la pena en el distrito judicial de Lima Sur, año 2017*. Lima: Universidad Autónoma del Perú.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: EDIAR.

Zaffaroni, E. (2020). *Penas Ilícitas un desafío a la dogmática Penal*. Buenos Aires - Argentina: Editores del Sur.

Zaffaroni, E. R. (1998). *En Busca de las Penas Pérdidas*. Argentina : EDIAR .

Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires-Argentina: EDIAR.

## ANEXOS

### **Cuestionario de la encuesta a fiscales y jueces del cantón Ibarra**

Pregunta N° 1: La pena del delito de estafa es de:

- 1 a 3 años
- 3 a 5 años
- 5 a 7 años

Pregunta N° 2: ¿Conoce usted lo que representa el principio de proporcionalidad de la pena?

- Si
- No

Pregunta N° 3: ¿Considera usted que la pena del delito de estafa está graduada proporcionalmente conforme al valor de lo perjudicado?

- Si
- No

Pregunta N° 4: ¿Ha conocido usted procesos de estafa en los cuales el perjuicio patrimonial provocado ha sido menor a mil dólares?

- Si
- No

Pregunta N° 5: ¿Considera usted que es proporcional imponerle una pena de 5 a 7 años, a una persona que cometiendo estafa ha perjudicado a otra en un monto inferior a mil dólares?

- Si
- No

Pregunta N°6: ¿Considera usted que resulta excesivo, imponerle una pena de 5 a 7 años a una persona que, cometiendo estafa, ha perjudicado a otra en un monto inferior a mil dólares?

- Si
- No

Pregunta N° 7: ¿Considera que la pena del delito de estafa debería ser graduada de una mejor manera por el legislador ecuatoriano, para que no sea excesiva y desproporcional respecto al perjuicio patrimonial provocado?

- Si
- No