

El principio de proporcionalidad en el delito de estafa en el código orgánico integral penal

Ab. Clifford Federico Estupiñan Zamora

clifforestupinan@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-7803-410X>

Abogado en libe ejercicio
profesional

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo determinar si el tipo penal genérico de estafa, tipificado en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, se aplican adecuadamente los principios de mínima intervención penal, proporcionalidad, determinación de la ley penal y taxatividad y lo cual constituye un factor limitador del poder punitivo del Estado, a fin de evitar la imposición de medidas que vulneren los derechos de los ciudadanos, impidiendo que sea el aparato estatal quien determine qué acciones son delitos, la medida de la pena y la forma de cumplimiento de la misma. Para lo cual se utilizó la metodología de investigación científica, con un enfoque descriptivo, cualitativo y explicativo. En los resultados se demostró que en el delito de estafa no se aplica adecuadamente el principio de proporcionalidad entre el daño ocasionado por el infractor y el marco sancionador previsto en la norma penal.

Palabras clave: principio; proporcionalidad; pena; delito; estafa.

Correspondencia: clifforestupinan@hotmail.com

Artículo recibido 25 enero 2023 Aceptado para publicación: 25 febrero 2023

Conflictos de Interés: Ninguna que declarar

Todo el contenido de **Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar**, publicados en este sitio están disponibles bajo

Licencia [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) 

Cómo citar: Estupiñan Zamora, C. F. (2023). El principio de proporcionalidad en el delito de estafa en el código orgánico integral penal. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(1), 7954-7973.
https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i1.5023

The principle of proportionality in the crime of scam in the comprehensive organic criminal code

ABSTRACT

The objective of this article is to: Determine if the generic criminal type of fraud, typified in article 186 of the Comprehensive Criminal Organic Code, adequately applies the principles of proportionality, minimum criminal intervention, taxation and determination of the criminal law, which it constitutes a limiting factor of the punitive power of the State, in order to avoid the imposition of measures that violate the rights of citizens, preventing the state apparatus from determining what actions are crimes, the measure of the penalty and the form of compliance with the same. For which the scientific research methodology was used, with a descriptive, qualitative and explanatory approach. The results showed that the crime of fraud is significantly related to the principle of proportionality of the penalty, likewise it was found that the punitive function is significantly related to the principle of proportionality stipulated in the Comprehensive Criminal Organic Code.

Keywords: principle; proportionality; penalty; crime; fraud.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, nos vamos a ocupar del estudio del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, que tipifica el delito de tipo penal genérico de estafa en los siguientes términos: 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 (Asamblea Nacional, 2014).

Los dos principales elementos del tipo penal son el perjuicio patrimonial que sufre la víctima y la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, tal como lo prescribe la norma trascrita. Si no se dan ambos extremos no habría delito en sentido estricto, ya que el enunciado de la norma penal describe una conducta que debe ser verificada por el juzgador al momento de administrar justicia.

De entre los dos aspectos contenidos en esa norma, desde el punto de vista doctrinal y legislativo, el más complejo es el que se refiere al perjuicio patrimonial, ya que no se especifica en qué medida o qué gravedad debe tener el mismo para que el presunto responsable se le aplique la sanción prevista. En otros términos, no es lo mismo un perjuicio patrimonial por valor de un salario básico unificado del trabajador en general (SBU) que por diez o veinte SBU.

El fondo de esa contradicción radica en que el legislador al momento de redactar esa norma, no aplicó adecuadamente el principio de proporcionalidad, que exige un adecuado equilibrio entre el daño ocasionado y la sanción aplicable, lo que se manifiesta, por ejemplo, en la creación de figuras atenuadas o agravadas del delito para graduar la sanción aplicable partiendo de una figura básica, como sucede por ejemplo en el delito de hurto del artículo 196 del Código Orgánico Integral Penal.

Desde esa perspectiva, se puede afirmar que en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, se percibe una aplicación inadecuada de los principios de determinación de la ley penal, taxatividad y finalmente el de proporcionalidad, lo que incide de manera directa o indirecta sobre otros principios como el de legalidad y mínima intervención penal, lo que está determinado por la falta de una escala que relacione el valor patrimonial del daño ocasionado a la víctima y la pena que deba aplicarse, dentro del marco sancionador establecido en la norma penal.

Como consecuencia de ello se afecta el derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República (Asamblea Constituyente, 2008), se aplican penas en ocasiones desproporcionadas al daño causado, y 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.

Con base a los diferentes problemas que se manifiestan en el presente artículo, se plantea como objetivo determinar si en el tipo penal de estafa, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, se aplican adecuadamente los principios de mínima intervención penal, proporcionalidad, determinación de la ley penal y taxatividad.

Para alcanzar ese resultado se hace una sistematización de las características esenciales de los principios de proporcionalidad, mínima intervención penal, taxatividad y determinación de la ley penal, desde el punto de vista del Derecho extranjero y la doctrina jurídica; un análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en la configuración jurídica del tipo penal de estafa previsto en el artículo 186 del Código Integral Penal.

El análisis del tema tiene un impacto social importante, pues es frecuente en los despachos de abogados que las personas lleguen a consultar y contratar servicios legales por presuntos delitos de estafas donde han sido perjudicados actuando de buena fe con respecto a los infractores, sin que existan criterios objetivos para determinar la pena que podría aplicarse porque el monto de lo defraudado no fue tomado en cuenta por el legislador.

METODOLOGÍA

La metodología que se empleó en el presente artículo fue la investigación científica, así mismo se realizó una revisión de varias fuentes documentales afines al área jurídico penal, así como la búsqueda de información en bibliotecas virtuales, y la utilización del buscador Google académico.

En el proceso de la revisión se optó por considerar autores clásicos y contemporáneos relevantes cuyos criterios son trascendentes para fundamentar el trabajo. La lectura reflexiva y crítica fue parte del proceso.

La investigación tiene un enfoque descriptivo, cualitativo y explicativo, a través del cual se describió el “que” del objeto de estudio, más que el “por qué”, como su nombre lo indica, busca describir y explicar lo que se investiga, pero no dar las razones por las cuales

eso tiene lugar.

Cualitativo, porque se evaluó la calidad técnica de las normas penales que tipifican el tipo penal de estafa, establecido en el artículo 186 del Código Integral Penal, en relación con los principios de determinación de la ley penal, taxatividad y proporcionalidad.

De acuerdo al nivel de profundidad de la investigación fue de carácter explicativo, pues se establece la influencia de la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad y sus consecuencias para la administración de justicia, la víctima y el procesado en el delito mencionado.

RESULTADOS

El marco legal de la investigación está delimitado por la Constitución de la República del Ecuador de 2008, que establece los derechos y garantías de las personas, así como las obligaciones del Estado respecto a su goce y ejercicio efectivo y los mecanismos para su protección. Los artículos más relevantes para el tema de estudio son los siguientes: artículos 3, 75, 76 y 82.

Además, son relevantes los artículos 167 y 168 que definen los principios de la administración de justicia, y los artículos 194 al 197 sobre la Fiscalía General del Estado, que son las instituciones públicas encargadas de juzgar el delito de estafa y todos los demás previstos en el Código Orgánico Integral Penal, así como ejercer la acción penal pública, respectivamente.

Así mismo la Constitución de la República del Ecuador, establece en el artículo 5 los principios procesales prohibición de empeorar la situación del procesado, duda a favor del reo, impugnación procesal, legalidad, favorabilidad, prohibición de doble juzgamiento, presunción de inocencia, igualdad, prohibición de autoincriminación, inmediación, imparcialidad y motivación, entre otros.

La investigación realizada tiene como antecedente principal la experiencia del autor en el libre ejercicio profesional del Derecho, donde tiene contacto regular con delitos de estafa donde se crean dificultades al momento de ejercer la acción penal pública, sobre todo cuando el valor de la afectación patrimonial ocasionada, es considerablemente bajo, aunque según el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, ello no es un obstáculo para que se solicite la pena prevista para ese delito.

Como antecedentes investigativos debe indicarse que en otros países como en Perú, se han realizado estudios académicos sobre el delito de estafa en relación el principio de

proporcionalidad. Así se puede mencionar la investigación titulada “El delito de estafa y el principio de proporcionalidad de la pena en el distrito judicial de Lima Sur, año 2017” (Villar, 2018). Su punto de partida fue la siguiente pregunta: ¿Cuál es el fundamento jurídico que justifica el desmerecimiento de pena privativa de libertad del Delito de Estafa en casos que exista un perjuicio económico de mínima cantidad?

Su relevancia radica en que, a diferencia del Código Orgánico Integral Penal, el Código Penal del Perú, sí establece una gradación del perjuicio causado por el delito de estafa para determinar la pena aplicable, razón por la cual en la presente investigación se hace estudio comparado, para determinar el contenido de las normas vigentes en otros países en cuanto a la graduación del perjuicio ocasionado por el delito de estafa y su influencia en la pena aplicable.

Otra investigación relevante como antecedente es la titulada “El delito de Estafa y el Principio de Proporcionalidad de la Pena en el Código Penal Peruano vigente”, (Yanac, 2017). La autora se planteó como objetivo general determinar la relación esencial o importante entre el delito de estafa y el principio de proporcionalidad de la pena, para lo cual utilizó la metodología de investigación científica, donde incluyó una encuesta a Fiscales, Jueces y Abogados para conocer su opinión sobre el tema, tal como se propone hacer en la presente investigación.

También en el Ecuador se han realizado algunas investigaciones recientes sobre el tema. Entre ellas cabe mencionar “La imposición de penas aplicando el principio de proporcionalidad por parte de los jueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el año 2015” (Benavides, 2017). Si bien no se refiere únicamente al delito de estafa, el autor nombra éste como ejemplo de inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad y las fallas en la aplicación de la dosimetría penal, al no disponer el artículo 186 de una escala del perjuicio ocasionado para la adecuada graduación de la pena a imponer por el juez.

En el ámbito más general del Derecho penal, debe indicarse que el estudio de los principios de proporcionalidad, taxatividad, determinación de la norma penal, dosimetría y mínima intervención son de obligado estudio tanto en los tratados de la materia como en artículos científicos e investigaciones académicas, tal como se puede apreciar en la bibliografía que consta al final de este proyecto y que será estudiada en profundidad para su desarrollo.

Principios Constitucionales del Derecho Penal

Los principios constitucionales del Derecho penal son aquellos recogidos en el texto constitucional para la organización de administración de justicia y la protección de los derechos de las personas frente a la misma. Además de esos principios en sentido escrito, los mismos derechos fundamentales de las personas constituyen límites al ejercicio del poder punitivo del Estado. Según Bacigalupo (2009), “los derechos fundamentales son derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo” (pág. 14).

La Constitución del Ecuador de 2008, recoge varios de esos principios en los artículos 75 y 76, como parte de los derechos de protección. El principio más general es que se reconoce y garantiza el derecho de toda persona de acceder la justicia de forma gratuita y recibir de los jueces una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, donde deben hacerse efectivos los principios de celeridad e inmediación, y asegurándose en todos los casos el derecho a la defensa y el cumplimiento de lo resuelto por el juez competente.

Esos son precisamente los ingredientes básicos del derecho a la tutela judicial efectiva: acceder a los órganos jurisdiccionales, que se efectúe un proceso judicial con todas las garantías del caso, y que lo decidido por el juez se ejecute por su destinatario. Si no se cumplen esos requisitos no habrá tutela judicial efectiva. Se trata de un derecho complejo que incluye en su seno varios otros derechos, principios y garantías, por lo que en su análisis se presentan varias dificultades teóricas y prácticas; de ahí que su contenido específico debe ser definido en gran medida por la jurisprudencia (Aguirre, 2010).

Para que sea efectiva la tutela judicial, deben verificarse varios aspectos, que Cubillo (2018) resume en tres derechos independientes, pero estrechamente relacionados. Para el autor el derecho a la tutela judicial efectiva “se compone de una pluralidad de derechos fundamentales a disposición de los justiciables o ciudadanos en cuanto que se relacionan con la Administración de justicia” (pág. 350).

Esos derechos son los siguientes: derecho de acceso a la jurisdicción (las personas han de tener la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y de formular ante ellos peticiones de tutela, y que estas solicitudes tengan una respuesta judicial que esté fundada en Derecho, aunque sea de inadmisión (Cubillo, 2018, pág. 350).

Derecho a que los órganos jurisdiccionales se pronuncien sobre la pretensión formulada y dicten así una resolución sobre el fondo del asunto (Cubillo, 2018, pág. 351); esa resolución no tiene que ser necesariamente favorable a la pretensión del accionante, pero sí debe pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Derecho a la ejecución de la sentencia resultante del proceso, la cual “debe ser motivada y fundada en Derecho” (Cubillo, 2018, pág. 352); debe ser, además, congruente con las pretensiones del accionante, aunque en algunos casos la ley faculta al juzgador a realizar control de legalidad o convencionalidad, aunque aquel no lo haya solicitado.

Asimismo, para que la tutela judicial sea efectiva, de conformidad con el artículo 76 de la Constitución ecuatoriana, en todo proceso donde se puedan afectar derechos o imponer obligaciones, se debe asegurar el derecho al debido proceso que incluye varias garantías, como el derecho a ser tratado y considerado inocente hasta que en una sentencia ejecutoriada se decreta lo contrario, la prohibición de aplicar las leyes de manera retroactiva, la licitud de la obtención de las pruebas, el principio de aplicación de la ley menos rigurosa y el principio de proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones.

Un componente esencial del derecho al debido proceso es el derecho a la defensa, de conformidad con el cual nadie puede ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; el procesado debe contar con el tiempo y los medios necesarios para preparar su defensa; el procedimiento será público con las excepciones de ley, derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor cuando el procesado no entiende o no habla el idioma en que se sustancia el proceso, y la prohibición de doble juzgamiento entre otras garantías como la motivación de las resoluciones y el derecho a recurrirlas.

Principios Sustantivos del Derecho Penal

Los principios sustantivos del Derecho penal son aquellos que se refieren a la actuación de los órganos que intervienen en la administración de justicia, y tienen la doble finalidad de establecer los límites de sus actuaciones y las garantías que protegen a la persona procesada frente al poder punitivo del Estado. En el Ecuador tales principios se encuentran en la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial-COFJ- (Asamblea Nacional, 2009) y el Código Orgánico Integral Penal.

Entre esos principios se encuentran el que se refiere a la fuente y el ejercicio de la administración de justicia, que de conformidad con “lo dispuesto en el artículo 167 de la

Constitución la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución, en relación con el artículo 1 del COFJ, que contiene una norma similar.

Otro principio es la independencia interna y externa de la administración de justicia con respecto a las demás funciones del Estado, así como su autonomía administrativa, funcional y financiera. De especial relevancia resulta el principio de independencia de los jueces, que en palabras de la Corte Constitucional de Ecuador “se orienta a controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del sistema social, vale decir, externas al proceso, como influencias de parte de otras funciones del Estado. La imparcialidad se refiere exclusivamente a circunstancias concretas del juez en relación al proceso, y la independencia se refiere al marco general del sistema judicial en su conjunto” (Sentencia No. 0004-10-SEP-CC, 2010, pág. 6).

Esos principios aseguran que en el juzgamiento de la persona procesada los jueces se ciñan únicamente a lo prescrito en la ley, y que puedan ejercer sus funciones ajenos a cualquier interferencia de las demás funciones del Estado o de otros sujetos procesales que procuren hacer valer sus intereses por encima de lo que dispone la ley en cada caso. Esos principios rigen la sustanciación del proceso, y por tanto deben ser aplicados por el juzgador y velar por que sean cumplidos por el resto de los sujetos procesales en lo que les sea de aplicación.

DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

En este apartado se realiza la discusión de los resultados, básicamente enfocados en las características del principio de proporcionalidad en materia penal, su aplicación específica en el delito de estafa y algunos criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Nacional de Justicia en casos que ha conocido y resuelto en recurso de casación, donde ha ido estableciendo las características más distintivas del delito de estafa y su correcta interpretación, sin introducirse en ningún caso en el análisis del principio de proporcionalidad a pesar de las dificultades mencionadas en cuanto a su configuración jurídica.

Principio de Proporcionalidad en Materia Penal

En su artículo 76. 6 la Constitución del Ecuador de 2008 establece el principio de proporcionalidad, en virtud del cual “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.” Se trata de

una exigencia constitucional que impone límites al ejercicio del poder punitivo del Estado para precautelar los derechos de las personas y evitar una injerencia arbitraria en ellos.

En consecuencia, la intervención del Estado solo se justifica si es proporcional al daño causado por la persona, y debe darse bajo tres presupuestos (Lascurraín, 2019, pág. 81):

- La intervención debe ser idónea, es decir, si la amenaza de pena puede contribuir a la efectiva protección del bien jurídico afectado.
- Deber ser necesaria, esto es, si el recurso a la sanción penal resulta imprescindible para asegurar el efecto social perseguido.
- 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.

De lo dicho se deduce que el adecuado desarrollo del principio de proporcionalidad corresponde al legislador y al juez de manera correlativa, aunque en dos planos distintos.

El primero debe establecer en abstracto la relación entre la conducta que tipifica como delito y sus consecuencias a nivel individual y social para determinar la pena aplicable. Al operar en abstracto, el legislador necesariamente debe describir conductas genéricas y establecer un marco sancionador abierto.

Es ahí donde entra la función del juez que tiene contacto con las conductas presuntamente delictivas, pues no se trata ya de hechos configurados por el legislador sino acciones u omisiones concretas que debe valorar si se adecuan o no a la descripción típica. De ser el caso deberá determinar la sanción concreta aplicable dentro del marco sancionador previsto en la ley para hacer efectivo el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, en virtud del principio comentado, la pena prevista en la legislación 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, pág. 25).

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.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el legislador no incluye en la norma todos los elementos necesarios para que el juzgador pueda relacionar adecuadamente el daño causado con

la sanción aplicable? Para responder a esa pregunta es que se realiza el presente estudio, donde se parte de la premisa de que el legislador no aplicó adecuadamente el principio de proporcionalidad en el delito de estafa previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, para que el juez pueda determinar “la proporcionalidad entre los medios utilizados y la finalidad perseguida” (Tejada, 2019, pág. 63).

Principio de Mínima Intervención Penal

El principio de mínima intervención penal, es un principio que limita el ius puniendi del estado que presupone una necesidad social del delito y de la pena a través de una adecuada política criminal que busque encontrar la paz social. Es decir que el Estado debía actuar únicamente en los casos más graves y proteger los bienes jurídicos de mayor importancia, y sería el derecho penal la última o extrema ratio, cuando ya hubieran fracasado las restantes alternativas del derecho. (Elbert)

Principio de Taxatividad

También conocido como principio de legalidad penal, es uno de los límites más tajantes al poder punitivo del Estado, ya que impone la obligación de que las normas penales incorporen en la descripción de las acciones u omisiones prohibidas bajo la amenaza de una sanción, solamente términos descriptivos y que dichos términos y neutros que fijen los elementos que permitan subsumir los hechos en la norma.

Ya que el principio de taxatividad exige la formulación en términos precisos de los supuestos de hecho de las normas penales.

Esta exigencia suele ser entendida en al menos, dos sentidos:

- a) Reducción de la imprecisión de los conceptos usados para determinar los conceptos penales prohibidos;
- b) Preferencia para el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos. (Rosal, 1999)

Entendido brevemente lo que es el principio de taxatividad, es necesario analizarlo en tres aspectos básicos:

1.- Prohibición de retroactividad ¿*nullum crimen sine lege previa*?

Este aforismo sintetiza el significado del principio de legalidad, en donde el fundamento del castigo sólo puede ser una ley en sentido formal, sancionada según el procedimiento, la competencia y el contenido limitado que esté vigente al momento de la comisión del hecho y que prevea como delictiva la conducta reprochada.

Se trata de una garantía sustantiva que delimita el poder punitivo del Estado en todo su alcance. Es una garantía criminal, ya que exige que el hecho perseguido penalmente esté contemplado como delito, previamente, por una ley. (Piqué.)

2.- Reserva de Ley *¿nullum crimen sine lege scripta?*

El principio de Reserva se refiere a la facultad del hombre dentro de lo permitido, sin que su conducta pueda acarrearle sanción.

El principio de legalidad y el principio de Reserva son, prácticamente, el anverso y el reverso de una misma moneda, pero es conveniente distinguirlos porque son enunciados con diferentes destinatarios.

En tanto que el principio de Legalidad tiene vigencia en el ámbito penal, el principio de Reserva es aplicable a cualquier disposición de anterioridad que tenga facultad de obligar o de privar. (Zaffaroni)

Principio de determinación de la ley penal

Una de las funciones más importantes que desempeña la ley penal es de servir orientación al comportamiento de las personas. La ventaja principal de un sistema jurídico codificado sobre un sistema jurídico basado en la costumbre es el ofrecer mayor certeza a los ciudadanos (Jesceck, 1993) . Pues toda conducta que se halla prohibida ha de encontrarse en la ley, sin que los jueces puedan crear derecho libremente. El juez no se encuentra vinculado a los usos o a las costumbres sociales sino a la ley.

En nuestro sistema jurídico el elemento legitimante y esencial de la norma penal surge de su capacidad de crear “seguridad jurídica”, lo cual es inherente al Estado liberal. El pueblo confía en el Estado, como titular del ius puniendi, y de sus legisladores a los que considera “garantes de la seguridad jurídica”.

La falta de conciencia del legislador como garante de la seguridad jurídica, arrastra por tierra el principio de determinación penal. Sin embargo, no se crea que la ventaja de la codificación es absoluta y se logra cumplir a plenitud. La ley penal, como toda ley escrita, posee cuotas de “inexactitud” y de vaguedad, las cuales encuentran su etiología en las limitaciones e imperfecciones propias del lenguaje o en la necesidad de dotar a la construcción típica de términos técnicos que poseen una carga valorativa independiente y por definir.

No todos los supuestos legales reflejan la claridad y precisión que se espera de ellos ni permiten el acceso a una comprensión cabal y sin dudas del contenido de la ley penal.

Aunque el legislador no lo busque, a veces, se restringe de modo significativo la “calculabilidad” del ciudadano respecto a sus comportamientos o si lo busca, esto es, si teniendo la posibilidad de precisar una norma no lo hace, esperando que sea la jurisprudencia la que llene tal vacío con su interpretación.

Aplicación del principio de proporcionalidad en el tipo penal genérico de estafa.

La forma más conveniente de analizar un tipo delictivo es recurrir a su estructura dogmática, que incluye la acción típica en su figura básica y agravada, así como la sanción aplicable, el sujeto activo, el elemento subjetivo del delito y el bien jurídico protegido (Zaffaroni, 2007). En la tabla que sigue solo se incluyen los dos primeros elementos mencionados, mientras que los demás se analizan seguidamente para situar el delito de estafa en el contexto doctrinal que le es propio.

Tabla 1. Análisis dogmático del delito de estafa, artículo 186 del código orgánico integral penal.

Modalidades	Acción punible	Sanción aplicable figura básica.
Figura básica	Inducir a otra persona a error con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, 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.	Pena privativa de libertad de cinco a siete años.
Figura agravada	Cometer la estafa 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.	Pena privativa de libertad de siete a diez años.
Figura agravada.	Emitir boletos o entradas para eventos en escenarios públicos o de concentración masiva por sobre el número del aforo autorizado por la autoridad pública competente.	Pena privativa de libertad de treinta a noventa días.
Persona jurídica.	Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica.	Multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

Tabla de elaboración propia a partir del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal.

Sujeto activo.

En la dogmática penal la categoría sujeto activo hace referencia a la persona que realiza la acción u omisión prevista como hipótesis de la norma penal. de manera general existen dos clases de sujetos activo de acuerdo con el tipo delictivo: en los delitos comunes el sujeto es común o genérico, ya que la hipótesis normativa puede ser actualizada por cualquier persona (por ejemplo, en el homicidio). En cambio, en los delitos especiales el sujeto activo también debe tener esa cualidad, pues se trata de infracciones en que solo pueden incurrir sujetos cualificados (por ejemplo, un médico).

En palabras de Muñoz (1999) en el delito común el “sujeto activo del delito puede ser cualquiera (*delitos comunes*), al margen de que después pueda o no ser responsable del delito en cuestión” (p. 37). En el caso de los delitos especiales el sujeto activo solo puede serlo “aquella persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo” (p. 38). En el delito de estafa se pueden distinguir un sujeto común en su figura básica, y sujetos especiales en las figuras agravadas (persona que trabaje en el sistema financiero o persona con facultad para emitir los boletos mencionados en el tipo penal).

Elemento subjetivo

El elemento subjetivo en el delito de estafa es el dolo, definido como “la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración” (Zaffaroni, 2007, p. 403). En el dolo la persona que realiza la acción se representa el resultado y actúa para conseguirlo, aun sabiendo que se trata de una conducta ilícita que tiene prevista una sanción, pero espera no ser descubierto o sometido a un proceso judicial. En todas las modalidades de estafa aplica el mismo elemento subjetivo, ya que se trata de un delito de resultado donde el sujeto activo procura obtener una finalidad específica con su acción.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico se refiere a los derechos o intereses que protege un tipo penal concreto, que a su vez responde a un concepto más amplio que da título a la sección o capítulo que lo recoge en la ley penal. según Muñoz (1999), el concepto de bien jurídico “se utiliza en derecho penal como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida. contra el honor, contra” (1999, p. 39). En el delito de estafa el bien jurídico protegido es el derecho a la propiedad,

ya que está incluido en la Sección del Código Orgánico Integral Penal denominada “Delitos contra el derecho a la propiedad.”

Aplicación del principio de proporcionalidad

En las leyes penales el legislador no establece una pena específica, sino un marco sancionador dentro del cual el juez debe determinar la que corresponda imponer al infractor una vez concluida la audiencia. En la figura básica del delito penal genérico de estafa el marco sancionador es de cinco a siete años de pena privativa de libertad, más una multa de doce a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general, de conformidad con lo prescrito en el artículo 70 numeral 8 del Código Orgánico Integral Penal, así como las medidas de reparación integral que se determinen en favor de la víctima.

La cuantía de la pena privativa de libertad y la multa serán determinadas por el juzgador con base en el resultado obtenido, ya que el tipo penal de estafa no le exige tener en cuenta el monto del perjuicio ocasionado a la víctima, o la afectación a su derecho a la propiedad, por lo que se puede afirmar que no se aplica de manera adecuada el principio de proporcionalidad, pues con independencia del valor de lo defraudado el juzgador deberá mantenerse en el mismo marco sancionador, lo que opera en beneficio del estafador y en contra de la víctima y los demás sujetos procesales.

Lo mismo cabe decir de las figuras agravadas del delito de estafa: sin considerar el monto de lo estafado o el perjuicio a las víctimas, se establece un marco sancionador con base en el resultado; es decir, la actualización de la figura típica prevista como hipótesis en la norma, por lo que dará lo mismo defraudar al sistema financiero por un monto de mil dólares que de un millón, casos en los cuales se aplica el mismo marco sancionador, cuando en buena técnica legislativa debería establecerse una gradación de las penas tomando como criterio el monto de lo estafado o el perjuicio sufrido por la víctima, donde sería un buen ejemplo a seguir la normativa vigente en Perú que antes se mencionó (Villar, 2018).

Breve análisis de casos

El estudio de casos es una metodología que permite constatar la aplicación práctica de las normas vigentes y los criterios doctrinales emitidos sobre un tema determinado.

En esta parte de la investigación se usa esta metodología para sistematizar algunos criterios relevantes sobre el delito de estafa, y luego comparar si el monto de lo estafado

o el perjuicio ocasionado a las víctimas ha tenido influencia en la determinación de la pena impuesta. Para el análisis fueron seleccionados tres casos representativos que permiten cumplir ese objetivo enunciado.

Criterios jurisdiccionales relevantes

En el Juicio No. 17721-2016-1276 la Sala de lo Penal Militar Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia dictó la Resolución No. 1426-2017, donde manifestó que “el legislador ha optado por no definir a la estafa, y ha escogido un sistema ejemplificativo-casuístico, al señalar las diferentes formas de defraudación que resultan punibles; más sin embargo este artículo nos brinda una primera aproximación al concepto de la estafa, en el sentido de que este delito consiste en la “defraudación” causada mediante el ardid o el engaño diversas” (p. 14).

El organismo pone de manifiesto la técnica empleada (enumeración no taxativa) para tipificar el delito de estafa, y el resultado de defraudación que se deriva del mismo, pero no menciona la necesidad de establecer un marco sancionador diferenciado de acuerdo con la gravedad de la defraudación, pues el delito se configura únicamente con la obtención del resultado, con independencia de la afectación al derecho a la propiedad y el perjuicio a la víctima.

En el Juicio No. 2005-0676 la Ex Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia dictó la Resolución No. 0241-2009-2SP, donde manifestó que en el delito de estafa, “el engaño para hacerse entregar los fondos, consistió en hacer creer a la víctima de que iba a obtener la libertad de su marido; estos elementos son constitutivos de la estafa porque ningún abogado puede afirmar a sus clientes anticipadamente los resultados del juicio que patrocina, ya que en toda causa se ventila intereses controvertidos y siempre existe la posibilidad de que los resultados sean adversos... Más censurable todavía es que haya pedido dinero a su cliente para supuestamente entregarle al Fiscal, lo cual constituye otro engaño con el cual ha perjudicado a su incauta cliente” (pág. 3).

Una vez más se hace referencia a los elementos configuradores del delito de estafa, al infundir una falsa creencia a la víctima para obtener fondos, asegurando el abogado procesado un presunto resultado favorable en un juicio, lo que constituye además de la violación del código de ética un delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal como estafa. Sin embargo, aquí tampoco se tomó en cuenta la cantidad entregada por la víctima al sujeto activo, ni los perjuicios sufridos por la expectativa frustrada, ya que la

norma penal solo establece el marco sancionador con base en el agotamiento del tipo; es decir, con la obtención del resultado punible con independencia de los criterios precitados.

El otro caso analizado es el Juicio No. 17721-2016-0927 donde la Sala de lo Penal Militar Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia dictó la Resolución No. 1450-2017. En la misma manifestó que “el delito de estafa es uno de los delitos contra la propiedad, y esencialmente consiste en el ardid o engaño que utiliza el agente activo para provocar el error en la víctima, obteniendo de ella la entrega de la cosa procurada por el delincuente, quien para ello utiliza la palabra elocuente, la retórica persuasiva, el ademán convincente” (p. 8). Acá tampoco, como puede apreciarse, el daño causado al derecho de propiedad es criterio para definir la pena, pues basta que se configure el resultado para que se actualice la figura típica, sin considerar la gravedad del resultado y su impacto en el derecho a la propiedad de la víctima.

CONCLUSIONES

Del estudio realizado se concluye que la indeterminación del perjuicio patrimonial ocasionado en el tipo penal de estafa, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, no se corresponde con los requerimientos de los principios de proporcionalidad en materia penal, mínima intervención y dosimetría penal, pues el marco sancionador de la figura básica ni de las figuras agravadas de puede aumentar o disminuir por el juzgador una vez determinado el daño sufrido por la víctima en su patrimonio, pues en ese ámbito rige de manera estricta el principio de legalidad.

El hecho es que el legislador, al construir la figura típica del tipo penal genérico de la estafa, colocó el énfasis en el resultado dañoso del ilícito como punto de referencia para establecer el marco sancionador, sin tomar en cuenta que no es lo mismo un perjuicio patrimonial por mil dólares que por un millón, casos en los cuales el marco sancionador y la multa a imponer son los mismos, aunque por la vía de la reparación integral se podría restituir a la víctima esa cantidad, lo cual es menos probable mientras mayor sea el perjuicio ocasionado.

En cualquier caso, la falta de una escala de gradación del marco sancionador con base en el daño patrimonial ocasionado por el delito afecta los derechos de la víctima, así como incide de manera negativa en la administración de justicia, particularmente en los jueces y fiscales que deben aplicar el mismo marco sancionador tanto a sujetos procesados que

han estafado con cantidades insignificantes como a aquellos que han ocasionado una defraudación mayor a su víctima. Una vía de solución sería establecer una escala del marco sancionador basada en el monto del daño patrimonial ocasionado, para que se materialice el principio de proporcionalidad y la pena que se aplique se corresponda con la gravedad del daño.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirre, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *FORO. Revista de Derecho*, 5-43.
- Arroyo, L., & Albert, J. (2018). Una mirada al principio de legalidad: a partir de la constitucionalización del derecho penal ecuatoriano. *Domino de la Ciencia*, 466-491.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi: Registro Oficial de 20 de octubre.
- Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial de 9 de marzo.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial de 10 de febrero.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales del Derecho penal*. Hammurabi: Buenos Aires.
- Benavides, R. (2017). *La imposición de penas aplicando el principio de proporcionalidad por parte de los jueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el año 20*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales. Retrieved 5 de noviembre de 2020, from <https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/4803/1/TESIS%20Benav%C3%ADdes%20Morillo%20Roberto%20Alexander.pdf>
- Bermeo, P. (2019). *Dosimetría penal. La arbitrariedad normativa y práctica*. Universidad Andina Simón Bolívar. Retrieved 11 de julio de 2022, from <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6904/1/T2978-MDPE-Bermeo-Dosimetria.pdf>
- Bustos, J., & Hormazábal, H. (2004). *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Trotta: Madrid.
- Carrillo, Y. (2013). Política legislativa penal. Una propuesta de re-codificación. *Crítica Jurídica*, 59-80.

- Cóndor, C. (2019). *El principio de máxima taxatividad dentro del derecho administrativo sancionador. Análisis de destituciones a servidores policiales mediante acuerdos ministeriales*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador.
- Cubillo, J. (2018). El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional. *Estudios de Deusto*, 347-372.
- Elbert. (s.f.). Manual Básico de Criminología.
- Espinoza, A. (2017). *Los límites al poder punitivo del Estado*. Lima: Universidad San Marín de Porres.
- Farto, H. (2021). El delito de estafa en el Código Orgánico Integral Penal. Breve análisis del tipo penal y las reformas del 2019. *Derecho Penal Central*, 3(3), 135-149. Retrieved 11 de julio de 2022, from <https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/derechopenal/article/view/3341>
- Hava, E. (2018). *Apuntes de introducción al Derecho Penal*. Cádiz: Universidad de Cádiz.
- Huerta, S. (1993). El derecho fundamental a la legalidad penal . *Revista Española de Derecho Constitucional*, 80-113.
- Iglesias, H. (2016). Cuestiones sobre principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal . *Revista de Derecho UNED*, 745-775.
- Inzunza, E. (2009). *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*. México: UNAM.
- Jacobs, G. (1995). *Manual de Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Jesceck, H. (1993). *Tratado de Derecho Penal*. Trotta.
- Lascurraín, J. (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Madrid: BOE.
- Moresco, J. J. (s.f.). principio de legalidad y Causas de Justificación», s. f.
- Moresco., J. J. (s.f.). «Principio de legalidad y Causas de Justificación».
- Muñoz, F. (1999). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis.
- Muñoz, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor.
- Navarro, P., & Manrique, L. (2005). El desafío de la taxatividad. *ADPCP*, 807-836.
- Nieto, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Piqué., M. L. (s.f.). Principio de Legalidad y de Retroactividad.
- Prado, R. (2002). Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano. *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, 69-144.

- Roche, E. (2017). *El principio de legalidad como garantía criminal*. Madrid: B de F.
- Rosal, M. c. (1999). *Derecho Penal Parte General*, .
- Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General I*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (1999). *Claux Roxin, Derecho Penal Parte General*, . edición (Civitas, 1999).
- Sentencia No. 0004-10-SEP-CC, 0388-09-EP (Corte Constitucional de Ecuador 24 de febrero de 2010).
- Simaz, A. (2014). Principio de legalidad e interpretación en el derecho penal: algunas consideraciones sobre la posibilidad de interpretar extensivamente la ley sustantiva. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 49-72.
- Tejada, P. (2019). Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales. *Revista de Derecho Ambiental*, 56-87.
- Urquiza, J. (2001). Principio de determinación de la ley penal. En L. Arroyo, & I. Berdugo, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (págs. 1334-1358). Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca.
- Vega, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, 53-71.
- Villacreces, T. (2018). El principio constitucional de proporcionalidad y la actividad legislativa penal ecuatoriana. *Revista San Gregorio*, 92-101.
- Villar, 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. Retrieved 5 de noviembre de 2020, from <http://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/AUTONOMA/625/1/GERALDO%20JACOMO%20VILLAR%20AMASIFEN.pdf>
- Yanac, J. (2017). *El delito de Estafa y el Principio de Proporcionalidad de la Pena en el Código Penal Peruano vigente*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Retrieved 5 de noviembre de 2020, from http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/2119/MAEST_DERECH_PENAL_JULIA%20MARIA%20YANAC%20ACEDO.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Zaffaroni. (s.f.). Principio de Reserva: Su enunciado. Intimidación y privacidad. Fallo: «Bazterrica» s.f. <http://www.consulex.com.ar/Documentos/Ano2/Trabajo%20Practico%20-%20Fuentes%20del%20Derecho%20Penal%20-%20Zaffaroni.pdf>.
- Zaffaroni, E. (2007). *Manual de Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: Ediar.