

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

## **Justicia Restaurativa en el proceso penal**

**Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el delito de estafa**

Victor Emilio Guilcapi Valencia

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2022

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	<b>Reconocimiento de créditos de la obra</b> No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia



## **Cláusula de cesión de derecho de publicación**

Yo, Victor Emilio Guilcapi Valencia, autor de la tesis intitulada “Justicia Restaurativa en el proceso penal. Análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad en el delito de estafa”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

17 de noviembre de 2022

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

La conciliación penal, como mecanismo para alcanzar una justicia restaurativa, se ha convertido en un instrumento que permite resolver los conflictos penales con mayor eficacia, generando en los partícipes del proceso una respuesta de justicia plena, no obstante, en Ecuador a partir de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal se incrementó sin justificación alguna la sanción del delito de estafa, proscribieron la aplicación de una salida alternativa en este delito, que por su naturaleza debería poder resolverse mediante la conciliación.

La presente investigación determinará si la sanción del delito de estafa es desproporcional o no a la infracción, en relación a la garantía procesal determinada en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución del Ecuador, y se justificará que la actual dosificación penal influye en la resolución del conflicto penal mediante la conciliación.

En el desarrollo del trabajo se ha realizado un estudio dogmático y jurisprudencial, desde dos enfoques, conceptualizando a la conciliación penal como mecanismo para alcanzar los fines del derecho penal y, mediante la aplicación del test de proporcionalidad a través de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

La investigación evidencia, que la sanción del delito de estafa no guarda coherencia y armonía con el principio de mínima intervención penal, además, no supera al subprincipio de necesidad, por cuanto, el derecho penal es de última ratio y existe una vía menos lesiva que la privación de la libertad para proteger el derecho a la propiedad y conseguir el fin constitucionalmente planteado, consecuentemente, la sanción deriva en desproporcional.

Finalmente, recomendamos que la Corte Constitucional realice el correspondiente control de constitucional mediante a fin de garantizar el derecho al debido proceso en la garantía de la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones.



En memoria de mi padre Victor Emilio, quien día a día me impulsó a prepararme, y a quien desearía volver a darle un abrazo y agradecerle por sus consejos. A mi madre Sonia, quien siempre me ha apoyado y ha estado a mi lado en todo momento. A mi amada esposa Wantshu e hija Milenita, por quienes me esfuerzo y sueño en crecer junto a ellas. Con amor, Victor Emilio.





## **Agradecimientos**

A Dios, de quien recibo la gracia, la paz y su bendición, es por su protección que he culminado este anhelo académico, que mi fe, esperanza y amor se fortalezca en mi corazón.

A Christian Masapanta, que como director y guía académico me permitió obtener este reto personal, y que como ser humano es un ejemplo a seguir, que su humildad y paciencia sean virtudes inagotables en su vida.



## Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo primero Concepto y fundamentos de la conciliación penal .....	15
1.- Justificación normativa de la conciliación .....	18
1.1. Reconocimiento internacional de la conciliación.....	21
1.2. La conciliación como método alternativo reconocido en la Constitución del Ecuador ...	23
1.3. Análisis de la conciliación, admisibilidad y limitaciones determinadas en el COIP.....	26
2. ¿Es razonable aplicar la conciliación en el proceso penal? .....	28
2.1. El delito de estafa.....	31
2.1.1. Características.....	33
2.1.2 Sujeto activo y pasivo.....	34
2.1.3. Bien jurídico protegido.....	35
2.1.4. Dosimetría de la sanción.....	35
2.1.5. Análisis del delito de estafa conforme el garantismo penal .....	36
2.2. ¿Qué delitos pueden resolverse mediante una conciliación dentro del COIP? .....	37
2.3. Identificación de delitos con impedimento normativo para conciliar entre las partes .....	42
2.4. Respuesta a la identificación de factibilidad e impedimentos de la aplicación de la conciliación desde un enfoque cuantitativo de los delitos tipificados en el COIP .....	45
3. El rol de los sujetos del delito y su participación dentro de la conciliación penal .....	47
3.1. El investigado en la etapa previa .....	48
3.2. El procesado.....	51
3.3. La víctima .....	55
4. Enfoque de la justicia restaurativa en el neoconstitucionalismo andino .....	60
4.1. La conciliación como rehabilitación social del infractor dentro del derecho indígena .....	66
4.2. La reparación a la víctima como miembro de la comunidad.....	68
Capítulo segundo El principio de proporcionalidad y su vinculación con el delito de estafa en la realidad ecuatoriana.....	71

1. Concepto del principio de proporcionalidad.....	73
1.1. Reconocimiento normativo del principio de proporcionalidad en la legislación ecuatoriana.....	78
1.2. Reconocimiento jurisprudencial del principio de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional.....	79
2. El test de proporcionalidad.....	82
2.1.- Fin constitucionalmente válido.....	83
2.2.- Idoneidad de la norma de sanción.....	84
2.3. Necesidad de la norma de sanción.....	87
2.4. Proporcionalidad en sentido estricto.....	90
3. Propuesta de aplicación del test de proporcionalidad como mecanismo para determinar la constitucionalidad del delito de estafa en relación a la posibilidad de conciliar.....	95
3.1. Análisis de casos de aplicación del test de proporcionalidad por la Corte Constitucional de Transición y la actual Corte Constitucional. Caso No.- 0035-11-CN, Sentencia No.- 011-12-SCN-CC.....	95
3.2. Corte Constitucional nombrada por el CPCCS, Caso No.- 34-19-IN y Acumulados (relativo a la penalización del aborto consentido en caso de mujeres víctima de violación) ..	97
3.3. Aplicación del test de proporcionalidad conforme a los estándares jurisprudenciales en relación a la posibilidad de conciliar en el delito de estafa.....	100
Conclusiones.....	111
Bibliografía.....	115

## Introducción

Este trabajo investigativo tiene como finalidad, plantear un análisis normativo que nos permita identificar cómo es el procedimiento de la conciliación en el derecho penal ecuatoriano, para lo cual, se establecerá una breve reseña histórica que nos de luces, acerca de si este mecanismo alternativo de solución de conflictos, es una herramienta adjetiva del derecho contemporáneo o si data de años atrás, así como, identificar si la justicia restaurativa contraviene o no los fines de la pena en su ámbito de prevención.

En el primer capítulo, se desarrollará el concepto de la conciliación penal, entendiendo cuál es la diferencia entre conciliación y justicia restaurativa, logrando determinar que la conciliación es el medio o la herramienta para la consecución de una justicia restaurativa, además, se justificará que la conciliación se encuentra reconocida en la Constitución del Ecuador, en convenios internacionales, así como, en el COIP, por lo que su aplicación cumple con los principios de legalidad y seguridad jurídica, y finalmente, se determinará el rol de los participantes del proceso: víctima-procesado.

Se identificará cuáles son los tipos penales que pueden someterse a la conciliación y cuáles no, para aquello, se analizarán las sanciones establecidas en algunos bienes jurídicos, que tienen relación con el derecho a la propiedad y otros que podrían causar mayor alarma social y que tendrían una pena menor que la estafa, lo cual nos dará argumentos necesarios para concluir si es razonable o no la aplicación limitada de la conciliación penal, conforme se encuentra establecida en la actualidad, partiendo de la premisa que, al satisfacer un derecho siempre se restringe otro.

El segundo capítulo tiene como finalidad identificar si el principio de proporcionalidad es un método aplicable para determinar la proporcionalidad de la sanción penal del delito de estafa en relación con la infracción, para lo cual se desarrollarán los conceptos de los derechos en colisión, y se plantearán argumentos que identificarán que el delito de estafa tiene una pena desproporcionada frente a las sanciones del delito de cohecho, concusión, abuso de confianza, violación a la propiedad privada con violencia, entre otros.

Se revisará el concepto, naturaleza y procedimiento del principio de proporcionalidad, determinando si la sanción del delito de estafa cumple con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha para

conseguir el fin constitucionalmente válido, partiendo de que el derecho que se restringe es por antonomasia, de autodeterminación, pues sin libertad no existe una vida digna.

Mediante la aplicación del test de proporcionalidad, se conocerá el concepto y alcance del delito de estafa frente al derecho a la libertad, se analizará la libre configuración de normas que tiene la Asamblea, si ésta tiene límites o no, y consecuentemente se determinará que toda norma y sanción debe adecuarse a los principios y derechos constitucionales, y que de manera particular, el derecho penal debe velar por el cumplimiento del derecho a la proporcionalidad y razonabilidad, del cual deriva el principio de mínima intervención penal, no hacerlo vulneraría principios constitucionales y consecuentemente nos permite plantear el presente conflicto.

Además, desde un enfoque práctico mediante el estudio de sentencias se conocerá la estructura y el mecanismo que utiliza la Corte Constitucional para resolver las consultas o acciones de inconstitucionalidad, desde dos enfoques, el utilizado por la Corte Constitucional para el Periodo de Transición y de la Corte actual, permitiéndonos aplicar dicha estructura, con la finalidad de verificar si la sanción del delito de estafa supera el test de proporcionalidad o no, y consecuentemente si esa pena es inconstitucional por vulnerar la proporcionalidad.

Por lo que, la finalidad de este trabajo es analizar la proporcionalidad de la sanción del delito de estafa, para lo cual, mediante la aplicación del test de proporcionalidad se determinará que dicha pena es desproporcional, y que una correcta dosimetría en el quantum de la pena permitiría aplicar la conciliación dentro de esta infracción y poder solucionar este delito con mecanismos alternativos de solución de conflictos.

El método de investigación que se aplicará en el presente trabajo será dogmático, por cuanto se analizarán las normas constitucionales, los principios que rigen el derecho penal y convencional, a fin de justificar la desproporcionalidad de la sanción del delito de estafa en relación con las diferente protección que se le da a otros bienes jurídicos de igual o mayor reproche penal.

Por cuanto el análisis investigativos se centra en premisas mayores para posteriormente aplicarla en el caso concreto del delito de estafa, se aplicará el método deductivo, donde las premias normativas y conceptuales nos conducirán a conclusiones claras respecto a nuestro tema puntual, la desproporcionalidad de la sanción del delito de estafa.

## Capítulo primero

### Concepto y fundamentos de la conciliación penal

El ser humano, en su natural proceso de evolución, siempre ha buscado crear relaciones comerciales y sociales, algunos acuerdos llevaron al éxito de las comunidades y estados, otros generaron conflictos que se solucionaron con el diálogo o con la ley de la retribución, castigando al culpable con la misma proporción del daño causado.

El diálogo, en muchos de los estados independientes, fue el principal mecanismo para resolver los conflictos internos, sin embargo, en la construcción de los estados de derechos y con la introducción del monismo jurídico, se estableció que sólo podía existir un exclusivo sistema normativo que fuera la estructura legal de cada Estado.<sup>1</sup>

El estado de derecho o monismo jurídico trajo consigo el reconocimiento de un catálogo de garantías normativas y procesales, y en Ecuador, debimos esperar que Europa y la región latinoamericana desarrollen sistemas y modelos de justicia para luego ser introducidos en nuestra legislación, tal como sucedió con el modelo neo-constitucional, el sistema de garantismo penal, y la justicia restaurativa penal.

Ahora bien, hablar de justicia restaurativa, es reconocer que los conflictos pueden ser resueltos a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, es aceptar la existencia de soluciones por medio de la conciliación, la mediación comunitaria, los programas de reconciliación entre víctima–agresor y la reinserción de todos los intervinientes del conflicto en la sociedad o comunidad.

Pero, ¿Dónde y cómo inició la justicia restaurativa?, ¿Qué relación tiene la justicia restaurativa y la conciliación penal, ¿Cuál es el reconocimiento que Ecuador le ha dado?, son algunas de las preguntas que se plantean en este capítulo, y que nos permitirán conocer el alcance que puede tener la conciliación penal en el proceso ecuatoriano.

Hablar sobre justicia restaurativa, es reconocer que ésta tiene su origen desde la propia creación de la humanidad, en el contexto interno, las comunidades indígenas han aplicado la justicia restaurativa como procedimiento para resolver sus conflictos, siendo una herramienta antigua que permite una vida en comunidad y en paz.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Paúl Córdova, *Justicia dialógica para la última palabra, por una argumentación deliberativa entre los Jueces, la ciudadanía, y las Cortes* (Quito: CEP, 2017), 6.

<sup>2</sup> Carlos Vaca, *Derecho penal y multiculturalidad: La justicia indígena en el estado constitucional ecuatoriano* (Quito: Grupo Editorial ONI, 2016), 10.

Dentro de un contexto escrito, se tiene como referencia de inicio o reconocimiento de la justicia restaurativa, a la decisión de la Corte de Justicia de Canadá emitida en 1974, en la que se ordenó a ciertos jóvenes, quienes cometieron el delito de daño contra la propiedad, que ellos sean quienes reparen de manera satisfactoria los daños causados en la vecindario.<sup>3</sup>

La decisión adoptada por la Corte canadiense resultó exitosa y generó la creación de varios centros y programas de mediación y conciliación que favorecen a víctimas y victimarios, rápidamente la corriente de la justicia conciliadora fue fortaleciéndose en diferentes estados así como reconocida por organizaciones internacionales.

A partir del reconocimiento de nuevos mecanismos alternativos de solución de conflictos, se han realizado grandes esfuerzos para fortalecer la aplicación de una justicia restaurativa y de la conciliación penal, por ello es necesario limitar los conceptos de justicia restaurativa y conciliación penal ya que pueden generar confusión al lector y distraer el objetivo del presente trabajo.

Por justicia restaurativa se entiende que es una herramienta o incluso un sistema (sistema de solución de conflictos indígenas), estudiada desde su concepción criminológica, que permite la solución de controversias, junto con la mediación, la conciliación, la negociación, entre otros.<sup>4</sup>

Randy Barnett, en 1977 dio un concepto de lo que consideraba *justicia*, sostenía que la justicia no es pura ni se ejerce exclusivamente por un Estado, estableció un nuevo paradigma de justicia basado en la restitución sin intención punitiva, manifestó que el “objetivo no es la represión de la delincuencia, sino que se haga justicia a las víctimas, quien es el principal objetivo de la justicia, y al delito hay que considerarlo desde la garantía de la víctima y no del Estado”<sup>5</sup>. La Organización de las Naciones Unidas, estableció que:

La justicia restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad de términos. Hay muchos términos que se usan para

---

<sup>3</sup> María del Refugio Macías et al, “La justicia restaurativa en el Derecho Internacional Público y su relación con la justicia transicional”, 03 de marzo de 2021, 5, <file:///Users/VictorGuilcapi/Downloads/2084-4896-2-PB.pdf>.

<sup>4</sup> *Ibíd.*, 12.

<sup>5</sup> Paul McCold, “La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias. Delito y Sociedad”, 05 de marzo de 2021, 9, <http://www.scielo.org.ar/pdf/delito/v22n36/v22n36a01.pdf>.



describir el movimiento de justicia restaurativa. Estos incluyen, entre otros, los de “justicia comunitaria”, “hacer reparaciones”, “justicia positiva”, “justicia relacional”, “justicia reparadora”<sup>6</sup>.

Una de las primeras definiciones que nos acercan a conceptualizar a la justicia restaurativa fue propuesta por Tony Marshall, la misma que incluso fue adoptada por la Organización de las Naciones Unidas, estableciéndose que “la justicia restaurativa es un proceso por el cual todas las partes con un interés en un determinado delito se reúnen para resolver colectivamente la manera de hacer frente a las consecuencias de la ofensa y a sus implicaciones para el futuro.”<sup>7</sup>

La definición de Marshall ratifica que la justicia restaurativa y la conciliación constituyen el mecanismo y el fin, mediante el cual, los intervinientes del proceso penal podrán resolver amigablemente el conflicto legal, determinando que el proceso por el cual deben transitar la víctima y el agresor para llegar a una justicia restaurativa es mediante la aplicación de la conciliación penal, entre otros mecanismos.

Además, la Corte Constitucional ecuatoriana en Sentencia No.- 456-20-JP/21, de 10 de noviembre de 2021, sobre la justicia restaurativa refiere que “es una metodología que busca reparar el tejido social, resolver y mitigar las consecuencias negativas de una ofensa con la participación activa de las partes del conflicto y con la comunidad”<sup>8</sup>, de tal manera que la justicia restaurativa fija el objetivo del derecho penal, no en el castigo a la persona, pues busca el bien de la comunidad con la participación de la víctima y del procesado.

La Corte identifica como partícipes no solo a la víctima, ni mucho menos al Estado, incluye a la comunidad como miembro vulnerado en el derecho social, categoría que se le da a la comunidad en la justicia indígena, determinando que mediante la reconciliación se atiende y repara el daño causado a la persona bajo el principal elemento de un pueblo: el dialogo.<sup>9</sup>

Sobre la conciliación, Javier Villanueva la considera como un instrumento mediante el cual se soluciona el conflicto jurídico con la negociación exclusiva y

---

<sup>6</sup> ONU Asamblea General, *Manual Sobre Programas de Justicia Restaurativa*, 31 de enero de 2006, [https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual\\_de\\_Justicia\\_Restaurativa\\_1.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_de_Justicia_Restaurativa_1.pdf).

<sup>7</sup> María del Refugio Macías et al, “La justicia restaurativa en el Derecho Internacional Público y su relación con la justicia transicional”, 03 de marzo de 2021, 17, <https://doi.org/10.15332/iust.v0i15.2084>.

<sup>8</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.- 456-20-JP/21, de 10 de noviembre de 2021, párr., 51.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

excluyente entre las partes, sin la intervención jerárquica del estado,<sup>10</sup> de tal manera que es un medio de autocomposición del proceso.<sup>11</sup>

Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana, ha manifestado que “la conciliación es un acuerdo alcanzado como resultado del proceso restaurativo” determinándose que para llegar a la justicia restaurativa se aplican herramientas conducentes a lograr los objetivos: resarcir el daño causado por la infracción.<sup>12</sup>

Por lo que, por intermedio de la conciliación, la víctima y el procesado buscan un acuerdo para lograr reparar el daño, el mismo que se realiza de forma voluntaria y entre las partes, sin la intervención del poder punitivo, teniendo como límite el control de legalidad y convencionalidad que aplicará el juez sustanciador.

Como se podrá evidenciar, la justicia restaurativa y la conciliación se relacionan y conectan para lograr sus fines, de tal manera que la justicia restaurativa requiere de la conciliación para reparar el daño, convirtiéndose en la herramienta o mecanismo, mientras que, la conciliación tiene sentido cuando se perfecciona el resarcimiento del daño causado, constituyéndose en el medio y el fin, sin embargo, coincidimos con el criterio de la Corte Constitucional, respecto a que justicia restaurativa es un concepto en desarrollo que se aplica cada vez más.

## **1.- Justificación normativa de la conciliación**

Las cárceles en el Ecuador, han evidenciado que el incremento de normas y sanciones ha generado una reacción contraria a los fines del derecho penal, mientras más se criminaliza a las conductas, más se agranda la brecha que fija estereotipos de delincuentes dentro de una sociedad, cada año crece el hacinamiento en las cárceles, las víctimas no se ven representadas por el Estado, y en definitiva, los fines de la pena se deslegitiman en caída libre.<sup>13</sup>

La idea según la cual la legitimación del Estado para imponer una pena, descansa en el hecho de que ella es la respuesta igualitaria por la infracción a normas fundamentales

---

<sup>10</sup> Javier Villanueva, *El principio de oportunidad, justicia restaurativa, transicional y transaccional, en el sistema penal acusatorio* (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2011), 496.

<sup>11</sup> Freddy Ortiz, *La conciliación extrajudicial* (Lima: Editorial San Marcos, 2002), 45.

<sup>12</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.- 456-20-JP/21, de 10 de noviembre de 2021, párr., 51.

<sup>13</sup> Ecuador Defensoría del Pueblo del Ecuador, “La Defensoría del Pueblo del Ecuador, ante la situación de hacinamiento, violencia y muerte en algunos Centros de Rehabilitación Social (CRS) del país”, Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2019, 2, <https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpecomunicacion/pronunciamientos/pronunciamento-carceles.pdf>.

compartidas por la sociedad, ha sido y es hoy seriamente discutida. La selectividad del sistema penal, la existencia de normas punitivas que resguardan bienes jurídicos cuya importancia se relativiza frente a la gravedad de la consecuencia con la que se amenaza su ataque, y finalmente, el reconocimiento de que en toda urbe (o en toda unidad geográfica) nacen, conviven y se refunden pequeñas “sociedades” con valores propios – que si somos consecuentes con el gran valor, la democracia, debemos respetar- han puesto en crisis el que ésta pueda ser la justificación del poder punitivo.<sup>14</sup>

La sanción penal, que fue creada para garantizar la paz social, ha generado que el beneficiario de ese derecho, víctima-victimario, sea sesgada e inconsecuente con la realidad social, en tal razón, las organizaciones internacionales y ciertos países han optado por ir contra su propia naturaleza de un derecho penal máximo hacia un derecho penal mínimo, dentro de los cuales se encuentran las resoluciones alternativas al proceso penal.

Es por ello, que se ha hecho esfuerzos por llevar a la práctica “el ideal de un derecho penal mínimo, en el que la utilización de la herramienta penal se dé únicamente en los casos que los otros sistemas de control social no hayan funcionado. Lo que se busca es, administrar el menor dolor posible a los sujetos procesales”<sup>15</sup>.

En la búsqueda de aplicar medidas alternativas a las soluciones de conflicto, en Ecuador, fue con la promulgación de la Constitución de 1998 que se inició el cambio de paradigma del sistema penal. Se establece por primera vez las garantías constitucionales para abolir la inquisición, pasar a un nuevo sistema penal acusatorio adversarial, y reconocer a la mediación como herramienta legal que permite poner fin al proceso.

Pero es en la Constitución de 2008, en la que se cambia estructuralmente el sistema penal en el Ecuador, acogiendo el nuevo modelo de garantismo constitucional, se realizaron grandes e importantes reformas legales en el país, en materia penal, se expidió el Código Orgánico Integral Penal.

A partir del modelo de derechos y justicia, los cuerpos legales comienzan a implementar y aplicar como requisitos de procedibilidad a los métodos alternativos de solución de conflictos, se establece que las controversias laborales, especialmente los colectivos, deben priorizar la resolución amigable por mandato constitucional;<sup>16</sup> en materia civil, el COGEP dispone que previo a sustanciar la acción litigiosa, el juzgador podrá remitir el conflicto a mediación y sólo en caso de no llegar a un consenso se

---

<sup>14</sup> Gabriela Rodríguez, *Resolución alternativa de conflictos penales, mediación de conflicto, pena y consenso* (Buenos Aires: Editores del puerto S.R.L., 2000), 26.

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 35, numeral 13.- Los conflictos colectivos de trabajo serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje, integrados por los empleadores y trabajadores, presididos por un funcionario del trabajo. Estos tribunales serán los únicos competentes para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos.

proseguirá con el juicio.<sup>17</sup>

Poco a poco las leyes comienzan a reconocer el mandato constitucional, y es con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>18</sup> que se impulsa a la mediación como un servicio para la comunidad, determinando que el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley son herramientas procesales válidas y aplicables en el sistema procesal ecuatoriano.<sup>19</sup>

En materia penal, mediante las reformas del Código de Procedimiento Penal del año 2009<sup>20</sup> se reconoce por primera vez a la conciliación como mecanismo de solución de conflictos, el cual fue llamado: *acuerdo reparatorio*<sup>21</sup>, pero es con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal donde se desarrolla ampliamente la conciliación, desde su concepción como justicia restaurativa, el procedimiento conciliatorio, así como, se reconoce el rol protagónico de la víctima y victimario dentro de los procesos.

Las reformas al COIP de junio del 2020, sorpresivamente desarrollaron el procedimiento de justicia restaurativa dentro de los procesos de violencia contra la mujer, generando como siempre dudas más que certezas, y críticas respecto del alcance que se le debió dar a dichas reformas, las cuales necesariamente debían ser más extensas y sobre todo de aplicación general a todos los tipos penales y no únicamente para los casos de violencia intrafamiliar.

---

<sup>17</sup> *Ibíd.*, art. 294.- numeral 6.- La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido.

<sup>18</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Función*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009.

<sup>19</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Función*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, art. 17.- Principio de servicio a la comunidad.- (...) El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.

<sup>20</sup> Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo del 2009.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, art. 37.1.- Acuerdos de Reparación.- Excepto en los delitos en los que no cabe conversión según el artículo anterior, el procesado y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo y, sin más trámite, se remitirá al juez de garantías penales quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, si verificare que el delito en cuestión es de aquellos a los que se refiere este inciso y que los suscriptores del acuerdo lo han hecho en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A esta audiencia deberán ser convocados el fiscal y el defensor, cuya comparecencia será obligatoria. El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa. En la resolución en que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo sólo procederá cuando el juez de garantías penales conozca del cumplimiento íntegro del mismo. La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y, si no se cumpliere, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe la acción penal. Los jueces de garantías penales llevarán un registro de los acuerdos de reparación aprobados, y se ingresarán en el sistema informático para conocimiento de todos los operadores de justicia.

Finalmente, se evidencia que Ecuador cuenta con principios constitucionales y normativa suficiente para impulsar la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, sin embargo, existen vacíos legales y posible inconstitucionalidad normativa que ponen trabas a la conciliación, tales como, si dentro de una investigación previa se debe o no cumplir con los presupuestos de admisibilidad, si reparado el daño se subsana el principio de lesividad, si los delitos contra la propiedad deberían ser susceptibles de una conciliación, y de manera particular si la estafa no agravada podría ser resuelta mediante la conciliación penal, problemas reales que en la práctica han quedado al libre albedrío de fiscales y jueces.

### **1.1. Reconocimiento internacional de la conciliación**

El reconocimiento de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, conocidos en muchos países por siglas, tales como MARC en Argentina o los IMCR (Institute for Mediation and Conflict Resolution) en Estados Unidos, es el resultado de las constantes asambleas y recomendaciones por parte de organizaciones no estatales.

Referente al reconocimiento y aplicación de la justicia restaurativa y la conciliación en materia penal, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas durante más de 35 años ha aunado esfuerzos para establecer catálogos que permitan ser la fuente normativa para los estados.

Las principales normas internacionales que han reconocido a la conciliación penal como mecanismo de solución de conflictos para obtener una justicia restaurativa dándole un rol protagónico a la víctima y al procesado, son entre otros:

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 el 29 de noviembre de 1985,<sup>22</sup> reconoce la participación activa de las víctimas de los delitos dentro de los procesos penales, el derecho de acceder a una justicia pronta que le permita reparar el daño causado, la seguridad de acceder a mecanismos accesibles y expeditos, además recomienda a los Estados partes la implementación dentro su sistema normativo a los mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación. De la Declaración destacamos los siguientes artículos:

---

<sup>22</sup> ONU Asamblea General, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito*. 29 de noviembre de 1985, A/RES/40/34, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>.

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.
5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos
7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.
9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

Otra fuente normativa internacional son Los Principios Básicos Sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal adoptada en sesión del Consejo Económico y Social de la ONU, en Viena del 16 al 25 de abril 2002,<sup>23</sup> que, en lo principal, determina que el proceso restaurativo es todo programa que busque resultados restaurativos. El proyecto estableció importantes declaraciones normativas tales como:

2.- Por proceso restaurativo se entiende todo proceso en el que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias. 20. Los Estados miembros deben considerar la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la justicia restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de la justicia restaurativa, entre las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales.

La Declaración de Bangkok de 2005, adoptada en el 11° Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal celebrada del 18 al 25 de abril del 2005, resolvió que la elaboración de políticas públicas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa y los mecanismos alternativos de solución de conflicto, son herramientas que permiten trabajar a los Estados en la erradicación del delincuente, prevención del delito y mejorar las condiciones carcelarias.

Entre los párrafos más destacados referentes a las salidas alternativas de solución de conflictos tenemos los siguientes:

---

<sup>23</sup> ONU Asamblea General, *Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa*, 16 al 25 de abril de 2002, E/CN.15/2002/5/Add.1, <https://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf>.

32. Para promover los intereses de las víctimas y la rehabilitación de los delincuentes, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que incluyan alternativas del juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante tribunales penales y de promover la incorporación de enfoques de justicia restaurativa en las prácticas de justicia penal, según corresponda. [...] 198. Algunos oradores destacaron la importancia de las sanciones alternativas y observaron que un sistema de justicia penal en pleno funcionamiento era incompleto si la única opción que admitía como pena era el encarcelamiento. Así pues, era necesario utilizar más la libertad condicional y la libertad vigilada y otras sanciones que no fueran privativas de libertad.<sup>24</sup>

Las anteriores declaraciones están directamente relacionadas al reconocimiento de la justicia restaurativa, sin embargo, existen otras Declaraciones que han permitido desde diferentes posturas, fortalecer a las salidas alternativas del proceso penal y que por su relevancia han coadyuvado al rol protagónico de la víctima y victimario en los procesos. Una de ellas es la promulgación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.<sup>25</sup>

Las Reglas de Tokio, tienen como objetivo crear conciencia social entre el delincuente y la comunidad, generar responsabilidad al victimario en sus actos, establecer condiciones políticas, económicas, sociales y culturales que fortalezcan el derecho de las víctimas, la seguridad pública, y la prevención del delito, pues al entregarle conciencia social a la comunidad, se la empodera dentro de los procesos y se los incentiva a buscar mecanismos que favorezcan el diálogo.

## **1.2. La conciliación como método alternativo reconocido en la Constitución del Ecuador**

A diferencia del extenso reconocimiento internacional que se le ha dado a las salidas alternativas, en Ecuador, la mediación, el arbitraje, la conciliación, entre otros, no tienen una gran historia dentro de la normativa estatal.

---

<sup>24</sup> ONU Asamblea General, *La Declaración de Bangkok de 2005, adoptada en el 11º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal*, 18 al 25 de abril de 2005, [https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/11Congress/ACONF203\\_18\\_s\\_V0584412.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/11Congress/ACONF203_18_s_V0584412.pdf).

<sup>25</sup> ONU Asamblea General, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General, 14 de diciembre de 1990, RES/45/110, <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>.

A pesar de haber tenido la oportunidad de incorporar a las salidas alternativas de conflictos desde la Constitución del 79, por cuanto ya era una herramienta utilizada en la región norteamericana, no se reconoció a los mecanismos alternativos hasta la reforma constitucional de 1996 y a partir de aquello, se ha venido ratificando el texto, no de manera literal, pero sí llegando a establecerse como un principio constitucional sostenido en el tiempo hasta la actual constitución de 2008.

La primera norma constitucional que reconoció a las salidas alternativas del conflicto penal como una herramienta procesal fue el artículo 118 de la Constitución del 98,<sup>26</sup> pues el título IV referente a la Función Judicial, establece como principios básicos:

Con arreglo al principio de unidad jurisdiccional, el ejercicio de la potestad judicial corresponde exclusivamente a los magistrados, jueces y tribunales determinados en la Constitución, las Leyes y en los tratados internacionales. Sin perjuicio de la unidad de la Función Judicial esta actuará en forma descentralizada. Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias.

Además, en el artículo 49 de la CRE del 98, se establece que: “(...) m) Los conflictos colectivos de trabajo serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje, integrados por los empleadores y trabajadores, presididos por un funcionario del trabajo. Estos tribunales serán los únicos competentes para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos”, por primera vez se determina que en una materia en concreto se debe optar por las salidas alternativas antes que por los procedimientos ordinarios.<sup>27</sup>

Además, como principio básico del sistema procesal, en el artículo 191 se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes.<sup>28</sup>

Otro reconocimiento que se introduce en la constitución del 98, es el pluralismo jurídico, se determina que las comunidades indígenas tienen potestad jurisdiccional sobre su territorio, y uno de los métodos de solución de conflictos que aplican, es la reparación a la víctima, por lo que, una vez solucionado el conflicto penal o social, mediante la conciliación, éste se entenderá resuelto y no podría ser sustanciado por la justicia

---

<sup>26</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996, art. 118.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, art. 49.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, art. 191.



ordinaria, es decir, al reconocerse a la justicia indígena, se aceptan como válidos los métodos alternativos en la justicia penal.

Ahora bien, la constitución de 2008 da un gran avance en el reconocimiento de las salidas alternativas como métodos de solución de los conflictos, no solo en materia laboral o penal sino en todas las materias, pues se establece como principio general para todos los procesos la aplicación de este mecanismo, y se incluyen principios concordantes que coadyuvan a fortalecer a los mecanismos alternativos, tales como, el principio de mínima intervención penal, el de celeridad, eficacia procesal, tutela efectiva, entre otros.

Por primera vez se establece una sección exclusiva que reconoce y garantiza la aplicación de los métodos alternativos como herramientas de solución de conflictos, es así que, en el capítulo cuarto, la sección octava de la Constitución incluye a los “medios alternativos de solución de conflictos”, determinando en su artículo 190 lo siguiente:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.<sup>29</sup>

A partir de este reconocimiento constitucional, en todo el sistema normativo se debe incluir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, lo contrario sería inobservar a la Constitución, y en esa línea de supremacía constitucional, el COIP incorporó a la conciliación como mecanismo alternativo, aceptando formalmente el principio de mínima intervención estatal.

Es necesario indicar que, aunque no se encuentran desarrollados constitucionalmente los conceptos de la conciliación o mediación, las salidas alternativas lograron ser entendidas desde su naturaleza jurídica a partir de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, en la que se determinan entre varias normas los conceptos y el procedimiento de la mediación y el arbitraje, por lo que merece ser mencionada como uno de los instrumentos normativos importantes en el Ecuador.

Una de las normas que fortalecen la aplicación de los mecanismo alternativos es la determinada en el artículo 169 de la CRE, promulgando que, el sistema procesal consagra los principios de simplificación, eficacia y celeridad, de tal manera que,

---

<sup>29</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 190.

constitucionalmente se cuenta con un catálogo de principios que permiten una óptima aplicación de la justicia restaurativa.

Finalmente, la Constitución del 2008, al igual que su antecesora, reconocen la potestad de los pueblos indígenas en aplicar, dentro de sus comunidades, la justicia indígena para resolver sus conflictos, ejerciendo funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales conforme así lo reconoce el artículo 171 de la CRE. De tal manera que los mecanismos de justicia comunitaria, se convierten en una herramienta alternativa de solución de conflictos, el cual alcanza la fuerza de cosa juzgada, sin más límites que el respeto a los derechos humanos.

### **1.3. Análisis de la conciliación, admisibilidad y limitaciones determinadas en el COIP**

Con la promulgación del COIP se incorporaron cambios sustanciales que trajeron repercusiones en lo procesal, de manera particular, se incrementó la sanción del delito de estafa, el mismo que históricamente había tenido una pena de las consideradas menores, lo cual permitió desde las reformas del 2009 resolver esta clase de infracción mediante el acuerdo reparatorio. Sin embargo, desde el 2014 se aumentó la sanción penal, pasando de una pena de 6 meses-5 años, a una de 5 a 7 años, con lo cual, se proscribió la posibilidad de aplicar la conciliación en los delitos de estafa. La limitación legal que se creó, generó en la práctica varias consecuencias, entre ellas, la inseguridad jurídica para los justiciables, para los abogados y administradores de justicia.

Podemos fácilmente identificar tres casos a analizar, los cuales en la práctica generan confusión al momento de aplicar la conciliación penal en los delitos de estafa. Primero, ¿Se puede aplicar la conciliación en la investigación previa?; segundo, ¿formulado cargos, cómo debe resolver el fiscal frente a una conciliación?, y tercero ¿reparada la víctima, cesa el principio de lesividad contra la propiedad, y por tanto se deslegitima el proceso penal?, casos que en la práctica se resuelven de distinta manera, dependiendo el fiscal y juez sustanciador, es más, existen casos<sup>30</sup> que en audiencia de juicio, justificada la reparación a la víctima, fiscalía ha declinado de continuar con la acusación y los jueces han aceptado la decisión fiscal, generando contradicciones entre

---

<sup>30</sup> Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, “Sentencia”, en Juicio No.- 17282-2019-03525, de 01 de febrero de 2021.

resoluciones y dudas respecto al correcto procedimiento dentro de las hipótesis planteadas: estafa-conciliación:

En la actualidad, para resolver un proceso mediante la conciliación penal se requiere cumplir con varios presupuestos, el primero, que exista la voluntad de las partes para llegar a un consenso, que sea en equidad o proporcional entre la infracción y la conciliación, pues más allá de existir la voluntad de las partes, el derecho penal por ningún motivo puede ser considerado como una herramienta para denigrar a un ciudadano o enriquecer a la víctima.

Por la relevancia social que persigue el derecho penal, este no puede ser una herramienta de coerción o afectación a uno de los sujetos procesales, la voluntad es una manifestación espontánea por la cual la víctima y el procesado acuerdan someter el proceso a una conciliación dentro de un término justo y proporcional.<sup>31</sup>

Otro presupuesto de admisibilidad recae sobre la sanción penal, pues el COIP establece que solo los delitos sancionados con una pena privativa de la libertad máxima de hasta cinco años, podrán aplicar la conciliación, ya que estos delitos son considerados como delitos menores que en teoría no deberían generar gran conmoción social, no obstante, consideramos que el delito de estafa, no agravado, no puede ser considerado de los que provoca alarma social.

Respecto a la temporalidad, el artículo 663 del COIP, refiere que el requerimiento de aplicación de la conciliación penal deberá presentarse hasta antes que se cierre la instrucción fiscal, por lo que, el presupuesto de que la conciliación procede en delitos que no superan los cinco años de pena privativa de libertad, procedería únicamente para los casos que se haya formulado cargos, por lo que en las investigaciones previas si se permitiría conciliar en el delito de estafa.

Distinto sería el procedimiento de la conciliación cuando ya se ha formulado cargos, pues al realizarse un control de legalidad por parte de fiscalía, ésta no debería dar paso al pedido de conciliación, sin embargo, en la práctica los fiscales y jueces han optado por coadyuvar a que la víctima se empodere del proceso teniendo un rol más protagónico y pueda realizar una conciliación con el procesado, consecuentemente, los fiscales y jueces, suelen aceptar la conciliación en la etapa preparatoria.

Respecto a si reparado el daño, terminaría o no la lesión del bien jurídico protegido, es una interpretación subjetiva, ya que hay posturas de que el delito ya fue

---

<sup>31</sup> Margarita Martínez, *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Madrid: Editorial Reus, 2011), 7.

cometido o consumado ya bajo esa constitución de los elementos objetivos del tipo se debe activar el poder punitivo, mientras que otros operadores opinan que el ejercicio penal del Estado se desnaturaliza y se debe aplicar el principio de mínima intervención penal.

Lo cierto es que, más allá de las diversas hipótesis presentadas, la conciliación penal está desarrollada con ciertas lagunas que permiten a los justiciables, basados en una interpretación sistemática y sobre todo constitucional, aplicar principios que favorecen al procesado, a la víctima y al procedimiento como tal.

## **2. ¿Es razonable aplicar la conciliación en el proceso penal?**

Hablar de una justicia dialógica en la que participe el juez y la sociedad para construir un proceso de humanización del derecho penal, la búsqueda de una justicia restaurativa en la que intervenga la víctima-victimario y la comunidad, que tenga como finalidad la reinserción del delincuente y el perdón del ofendido, son algunos de los objetivos que plantea la conciliación penal, frente a los resultados del proceso penal ordinario o retributivo, que en su concepción de bilateralidad busca enfrentar al Estado contra el procesado dejando de lado a la víctima, y peor aún, llevándola a ser víctima secundaria por el suplicio de no conocer las razones por las que se cometió el delito ni ser resarcido en el daño, éstos elementos, son los que analizaremos en el presente capítulo, permitiendo concluir si es o no razonable aplicar la conciliación en el proceso penal, y de manera particular en el delito de estafa.

Sobre esta colisión de justicia restaurativa y retributiva, la Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido que “la justicia restaurativa, en los medios, los fines y los efectos, es diferente a la justicia retributiva. La justicia restaurativa se basa en el diálogo entre personas que ejercen, en igualdad de condiciones sus derechos (...) En cambio, la justicia retributiva se basa en la autoridad de quien resuelve el conflicto y en relaciones verticales”<sup>32</sup>, mientras la primera tiene como fin la restauración de la comunidad y le otorga un rol principal a la víctima, la justicia retributiva identifica a la víctima como un sujeto colaborador del Estado y al procesado como un presunto culpable.

A pesar de los aportes académicos referentes a la aplicación de la conciliación dentro del proceso penal y de los beneficios de aplicar una justicia restaurativa, se sigue percibiendo una cierta desconfianza y rechazo hacia este método alternativo, en muchos

---

<sup>32</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.- 376-20-JP/21, de 21 de diciembre de 2021, párr., 7.

casos perjudiciales a los principios que lo inspiran y en contra de los sujetos que se involucran, tales como: diálogo, acuerdo entre las partes, voluntariedad, proporcionalidad, reparación, justicia.

Esta puntual controversia o desconfianza se genera a partir de entender si la conciliación vulnera los fines del derecho penal,<sup>33</sup> así como los fines de la pena (prevención general y especial), pues para algunos operadores de justicia y académicos, conviene seguir respetando la relación bilateral del proceso –Estado-procesado– excluyendo a la voluntad de la víctima y, fortalecer un modelo donde el Estado es el representante de la sociedad civil y el único facultado para ejercer el poder punitivo.

Pues, “la percepción que las partes reciben de la justicia no solo depende de los resultados obtenidos (justicia retributiva), sino que también depende de los resultados personales que se planteen dentro del proceso”<sup>34</sup>, hay que entender que la justicia para el Estado no siempre es la misma justicia que busca la víctima y la comunidad.

Otro obstáculo recurrente en contra de la conciliación penal, es que confiere demasiado poder a las partes procesales -víctima-victimario-, afectando el ejercicio democrático y legal del Estado en su poder punitivo, y de ahí, la importancia de que la conciliación no gane relevancia dentro del derecho penal, o que ésta sea limitada a pocos delitos o delitos menores, postura que carecería de valor lógico y razonable, ya que los métodos alternativos de solución de conflictos son concordantes con los fines del derecho penal, tales como, graduar la racionalidad del poder punitivo del Estado, limitar ese poder coercitivo y, proteger los bienes jurídicos mediante los fines utilitarios de la pena.<sup>35</sup>

Es necesario indicar, que la justicia restaurativa, ha sido utilizada en toda clase de tipos penales, y ha colaborado a resolver conflicto sociales muy graves, como referencia fue utilizada en el proceso de paz de Colombia con las autodeterminadas guerrillas, en el cual se analizaron casos como asesinatos, secuestros y más, pues no estamos de acuerdo

---

<sup>33</sup> Nota: Al respecto, Hans-Joachim Rudolphi, considera que el fin del derecho penal consiste en motivar a los destinatarios de las normas, a través de mandatos y prohibiciones, para que no dañen, protejan de peligro, o incluso creen positivamente determinadas realidades que se estiman valiosas. Según la constitución, al derecho penal le corresponde la misión de proteger de posibles ataques la normal convivencia de los individuos en nuestra actual sociedad configurada por la ley fundamental. Además, determina que, el fin inmediato de la conminación penal, es la estabilización de las normas que existen para la protección de los bienes jurídicos. Hans-Joachim Rudolphi, “El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, en *El Sistema moderno del Derecho Penal*, cord. Bernd Schuneman (Buenos Aires, Editorial B de F: 2021), 79-81.

<sup>34</sup> José Sánchez Tomás, “El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea”, en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, cord. Margarita Martínez Escamilla (Madrid, Editorial Reus: 2011), 72.

<sup>35</sup> Pablo Encalada, *Teoría Constitucional del Delito* (Quito: Centro de Estudios y Publicaciones: 2016), 7.

en aplicar la conciliación en todo caso, sin embargo, el caso expuesto tiene como finalidad la importancia de no limitar arbitrariamente a la conciliación y sus bondades procesales.<sup>36</sup>

Además, se considera que aplicar la mediación en los procesos penales afectaría en muchos casos al principio de legalidad, toda vez que la conciliación conforme se encuentra desarrollada en el COIP establece requisitos rígidos de admisibilidad que excluyen entre otros al delito de estafa, sin embargo, este criterio no tendría justificación razonable por cuanto la conciliación no conlleva en absoluto a vulnerar el principio de legalidad de manera sine qua non o por defecto. Me explico, podría aceptarse que la conciliación penal afecta al principio de legalidad en *sentido estricto*, por cuanto éste proscribe la interpretación sistemática y constitucional y exige que se aplique lo literalmente establecido en la ley, no aplicar la norma literal, afectaría el principio de legalidad y seguramente otros principios más; no obstante, desde una concepción garantista y constitucional, el principio de legalidad no se agota con el cumplimiento estricto de la norma, al contrario, el principio de legalidad como norma de optimización busca cumplir con el objetivo del derecho penal, humanizando y dialogando el proceso entre la víctima, victimario, comunidad y juez; de tal manera que, dentro de un estado de derechos y justicia como el Ecuador, no se vulneraría el principio de legalidad,<sup>37</sup> se democratizan los derechos y se consigue la tan anhelada justicia.

Frente al principio de legalidad podemos analizar el principio de oportunidad también reconocido por la ley fundamental,<sup>38</sup> el cual permite una mayor respuesta penal en atención a los fines del derecho penal, mediante la reparación material o simbólica del daño, y la consecuente disminución de la necesidad de la sanción penal, es decir, la aplicación del principio de oportunidad no solo busca una justicia con diligencia, éste permite alcanzar una verdadera justicia.<sup>39</sup>

Pese a las diferentes posturas sobre la conciliación, consideramos que su aplicación en el país ha alcanzado niveles aceptables, cada vez gana más terreno dentro de los procesos judiciales y en especial en materia penal, sin que se considere una

---

<sup>36</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.- 376-20-JP/21, de 21 de diciembre de 2021, párr., 136.

<sup>37</sup> Margarita Martínez, *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Madrid: Editorial Reus, 2011), 29.

<sup>38</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre-procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas (...).”

<sup>39</sup> Margarita Martínez, *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (Madrid: Editorial Reus, 2011), 32.

privatización de los conflictos, ni que se entienda que todos los delitos pueden ser resueltos como un asunto privado, al contrario, se lo concibe como una herramienta alternativa de solución de conflictos que cumple de manera más efectiva y diligente con los fines del derecho penal,<sup>40</sup> siempre bajo el respeto del principio de legalidad y seguridad jurídica.

De ahí la necesidad detectada de seguir trabajando en la elaboración teórica que explica cómo la mediación, lejos de ser contraria a los fines preventivos del Derecho penal, incrementa las posibilidades de su consecución introduciendo perspectivas y valores que no sólo son compatibles con los principios básicos sustantivos y procesales en que el sistema se sustenta, sino que permiten avanzar en la superación de muchas de las deficiencias detectadas en el ejercicio del ius puniendi.<sup>41</sup>

Debemos estar claros que la conciliación no se agota con el resarcimiento económico, va más allá, su característica busca una eficiente y diligente administración de justicia, un menor coste procesal para el Estado, así como la reducción del hacinamiento carcelario que vive el país, y lo más importante, el diálogo entre la víctima y el victimario, que en algunos casos su principal objetivo es conocer la verdad de los hechos, así como, una disculpa sincera.

En conclusión, si con la aplicación de la conciliación penal se logra conseguir el verdadero arrepentimiento del autor del delito, con el resarcimiento del daño a la víctima -con mucha más razón si el daño es únicamente económico-, humanizando el proceso, generando una justicia dialógica entre la víctima-victimario, juez y comunidad, podremos determinar que siempre será razonable aplicar la conciliación dentro del proceso penal.

## 2.1. El delito de estafa

Con el delito de estafa se sanciona a quien despoje tanto de la relación posesoria como sobre el derecho de dominio, y que cobre una expectativa cierta de derecho, donde el elemento objetivo de la conducta típica es el modo engañoso que produce el error a la víctima sobre el patrimonio.

Respecto al delito de estafa, Manuel Corredor considera que “los delitos patrimoniales, como la estafa, están configurados, por obtener una ventaja del patrimonio

---

<sup>40</sup> Margarita Martínez, *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* 6.

<sup>41</sup> *Ibíd.*

del estafador o de un tercero, siempre que pongan en peligro o lesionen un patrimonio ajeno”<sup>42</sup>.

Fontán Balestra conceptualiza al delito de estafa como “un ataque a la propiedad, consistente en una disposición de carácter patrimonial perjudicial, viciada en su motivación por el error que provoca el ardid o el engaño del sujeto activo, que persigue el logro de un beneficio indebido para sí o para un tercero”<sup>43</sup>.

En el ámbito normativo, la Constitución del Ecuador, reconoce el derecho a la propiedad como bien jurídico positivo, el artículo 66 numeral 26 establece: “Se reconoce y garantiza a las personas (...) 26.- El derecho a la propiedad en todas sus formas”<sup>44</sup>, y este reconocimiento es correcto, por cuanto el patrimonio se configura como un derecho fundamental que permite directa e indirectamente el desarrollo de otros derechos como el de vivienda, salud, entre otros, de tal manera que, la protección constitucional se ve reflejada en la norma penal.

Respecto a las formas de propiedad, el artículo 321 de la Constitución, “reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada (...)”<sup>45</sup>, por lo que, todo bien mueble, inmueble, valores de créditos o que sea parte de la esfera patrimonial de una persona, está garantizado constitucionalmente y ratificada su protección mediante las leyes pertinentes, como la penal.

Además, el derecho de propiedad o patrimonial, está garantizado por tratados internacionales reconocidos por el Estado ecuatoriano, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo parte del bloque de constitucionalidad.

Respecto a la protección penal que se le da al derecho a la propiedad, el artículo 186 del Código Orgánico Integral penal establece lo siguiente:

Art. 186.- 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.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Manuel Corredor, “El delito de estafa”, Coord. Jaime Bernal, en *Lecciones de derecho penal, parte especial* (Bogotá: Publicaciones Universidad Externado), 362.

<sup>43</sup> Pedro Rodríguez, “Estafa y otras defraudaciones”, 12 en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37767.pdf>.

<sup>44</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 numeral 26.

<sup>45</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 321.

<sup>46</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, artículo 186.



Finalmente, evidenciamos que el derecho a la propiedad se encuentra reconocido constitucionalmente, además en tratados internacionales, lo que hace legítima la protección penal para quienes lesionen el derecho a la propiedad bajo las características y elementos objetivos propios de la infracción, los cuales serán inmediatamente analizados.

### **2.1.1. Características**

La estructura del tipo penal descrita en el COIP, determina como primer elemento objetivo la simulación o deformación de los hechos, cambiando la verdad de la negociación o el acuerdo comercial, la finalidad es que la víctima sea inducida a error, que repercuta en el desmedro patrimonial, para beneficiar al autor o a una tercera persona en su incremento patrimonial.

El elemento del error debe ser idóneo para que la víctima produzca internamente una apreciación de verdad, pues las condiciones que le plantea el autor del delito deben acercarse a una percepción de realidad que genera un juicio de error a la víctima. Cabe indicar que dentro del contexto comercial existe una línea muy delgada entre el dolo penal y el error civil, que resultará en la vía para la protección del bien jurídico.

Al respecto, Manuel Corredor analiza el delito de estafa desde tres posturas: 1) diferencia entre mentira y engaño, la primera son simples argumentos fáciles de evidenciar y que la víctima debería advertir, una persona no puede creer todo lo que le dicen, en este caso la vía idónea para la protección del derecho patrimonial sería la civil, mientras que el engaño está acompañado de situaciones externas que hacen impredecible conocer la realidad de los hechos, y el derecho penal sería la materia necesaria; 2) el fin de la conducta, pues si el engaño estaba orientado al beneficio económico, lo que se busca es una indemnización civil, pero si el engaño tiene como objetivo perjudicar en el patrimonio de la víctima, el camino correcto es el derecho penal; y, 3) sobre quien recae la lesión, pues si el perjuicio se da sobre la materialidad de la cosa, se deberá accionar la vía penal, pero si es sobre las condiciones accesorias, el derecho penal resulta excesivo.

Además, identifica tres características o elementos que deben cumplirse para que se configure el delito de estafa, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio. Respecto al error de la víctima, considera que se configura cuando a causas de ese error, se produce

un efecto patrimonial perjudicial. El engaño debe tener la aptitud suficiente para generar en la víctima los alcances deseados.<sup>47</sup>

Pero no solo se necesita el engaño, pues el objetivo de ese ardid o simulación debe producir una disposición patrimonial por parte de la víctima hacia un tercero, “el error provoca el engaño, que a su vez determina la disposición patrimonial perjudicial”<sup>48</sup>.

Ese engaño que llevó a la disposición patrimonial deriva en el perjuicio económico propio o de un tercero, de tal manera que “cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”<sup>49</sup>, por lo que se requiere justificar siempre la existencia de un perjuicio real y cuantificable.

Finalmente, podemos sostener que las características analizadas sobre el delito de estafa, se encuentran desarrolladas como elementos objetivos del tipo penal establecido en el COIP, referentes a obtener un beneficio, mediante la disposición de los bienes, haciendo uso del engaño o ardid, siempre, sobre un patrimonio de origen lícito, sería un error pretender denunciar la disminución del patrimonio ilegalmente obtenido.<sup>50</sup>

### 2.1.2 Sujeto activo y pasivo

El estafador, como sujeto activo del delito, es quien está dotado de ciertas características criminológicas diferentes a otros delincuentes, pues su conducta está relacionada con audacia, inteligencia y no utiliza la violencia o la intimidación para apropiarse del patrimonio de la víctima.

Conforme lo determina el COIP, el sujeto activo del delito de estafa puede tener dos condiciones personales, es decir sujeto activo calificado, quien requiere de una particularidad o función personal, como el funcionario que trabaje en una institución del Sistema Financiero Nacional, y el sujeto activo no calificado, no requiriendo una condición necesaria, pues cualquier persona podrá cometer este tipo de infracciones.

También pueden cometer el delito de estafa las personas jurídicas, respecto a ellas como sujeto activo del delito, Alfonso Zambrano Pasquel, considera que:

---

<sup>47</sup> Pedro Rodríguez, “Estafa y otras defraudaciones”, 10, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37767.pdf>.

<sup>48</sup> *Ibíd.*

<sup>49</sup> *Ibíd.*, 8.

<sup>50</sup> Carlos Carrasco, “Análisis fáctico objetivo al elemento engaño dentro de la estafa en el Ecuador” (tesis maestría, Universidad Católica del Ecuador, 2014), 65.

Se pretende que en cierto tipo de delitos, como aquellas que tiene que ver con situaciones económicas, mercantiles y en general de negocios, es válido afirmar que las personas jurídicas pueden actuar como sujetos activos, pues el argumento es el de afirmar que son delitos especiales que pueden ser cometidos por las corporaciones, fundaciones, compañías.<sup>51</sup>

Respecto al criterio de Zambrano, el COIP ha establecido como delito de estafa quien lo realice a través del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria, determinado que el delito de estafa puede ser imputado a una persona jurídica.

El sujeto pasivo es quien sufre el perjuicio patrimonial, a quien engañan para hacer creer una realidad distinta al objeto comercial. El sujeto pasivo en este tipo de infracciones necesita contar con una condición personal, es decir, no es calificado, puede ser cualquier persona que realice una disposición patrimonial en favor de un tercero perjudicando su patrimonio.

### **2.1.3. Bien jurídico protegido**

La descripción de la conducta antijurídica determinada en el artículo 186 del COIP, garantiza que el delito de estafa sancionará a quien perjudique el patrimonio de una persona, por lo que el bien jurídico protegido será el patrimonial, desde sus dos corrientes, el económico y el jurídico.

Como ha sido expuesto en el presente trabajo, el derecho patrimonial se encuentra reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 21), así como, en la Constitución del Ecuador, en el artículo 66 numeral 26, reconoce el derecho a la propiedad en todas sus formas, pública y privada.

### **2.1.4. Dosimetría de la sanción**

Respecto a la dosimetría de la sanción, valdría realizar un análisis profundo bajo distintos presupuestos constitutivos, según el bien jurídico que se protege, si la modalidad de la conducta es dolosa o culposa, si el tipo penal es agravado o no, y finalmente si la acción lesiva es de resultado o de peligro.

En el análisis presentado en el capítulo 2.1., respecto a qué delitos pueden resolverse mediante la conciliación en el COIP, se evidenció que dentro de los delitos

---

<sup>51</sup> Alfonso Zambrano, "Derecho penal, parte especial", en Tesis, Carlos Carrasco, (tesis maestría, Universidad Católica del Ecuador, 2014), 50.

contra el patrimonio, existen varios tipos penales con una sanción inferior al delito de estafa, además, otros bienes jurídicos de mayor conmoción social, a modo de ejemplo, el cohecho, la concusión, incluso el delito de abuso sexual, tiene una sanción inferior, por lo que podríamos concluir que la dosimetría de la sanción es merecedora de un análisis de proporcionalidad a fin de ratificar o no la inconstitucionalidad de la pena.

### 2.1.5. Análisis del delito de estafa conforme el garantismo penal

Ramiro Ávila realiza un análisis a partir de la frase de Ferrajoli, *la ley del más débil*, considerando al garantismo penal desde dos posturas, el poder y la debilidad como situaciones cotidianas de las personas, así como, los límites al poder que establecen las garantías penales para proteger justamente al débil de la relación procesal: el investigado.

Respecto a los límites del Estado dentro del garantismo penal, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado que el derecho penal se sustenta sobre dos tendencias, el funcionalismo penal, el cual utiliza al derecho penal como mecanismo de coerción y temor, así como, el garantismo penal, que pregona el uso racional, excepcional y mínimo del poder punitivo<sup>52</sup>. En ese contexto, Ramiro Ávila considera que “la Constitución vigente, nos guste o no, es garantista penal. No es funcionalista”<sup>53</sup>.

Claus Roxin refiere que, por el garantismo penal, el Estado no solo está obligado a proteger a la ciudadanía mediante el derecho penal, esta protección debe ir más allá, su finalidad es garantizar que ese derecho penal no termine vulnerando los derechos de las personas, se deben “imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán”.<sup>54</sup>

Sin embargo, reflexiona indicando que pese a ser un Estado de corte garantista, lastimosamente en el COIP prevalece el funcionalismo penal debido al “miedo, prejuicios, la irracionalidad, la indiferencia a las personas contra quienes opera el poder punitivo (mayoritariamente las personas más excluidas de la sociedad que el único servicio público que conocen es la cárcel)”<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 08-20-CN-21, de 18 de agosto de 2021, párr. 7.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, párr. 7

<sup>54</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal*, Parte General. Tomo I. Fundamentos. (Madrid: Civitas, 1997),

<sup>55</sup> *Ibíd.*, párr. 9

En todo caso, el garantismo penal, es la conquista moderna del derecho penal dentro de estados democráticos, mediante el cual se busca proteger al más débil de la relación procesal frente a la coerción del legislador, jueces y fiscales que producto de su poder infligen dolor y angustia a los procesados.

## **2.2. ¿Qué delitos pueden resolverse mediante una conciliación dentro del COIP?**

En la normativa penal ecuatoriana existe un sin número de sanciones que generan dudas sobre la proporcionalidad frente al tipo de conducta o infracciones, lo cual afecta el debido proceso en la garantía de la proporcionalidad, plenamente reconocido en un estado constitucional y en un sistema de garantismo penal como el ecuatoriano.

A diferencia de lo que se propuso con la promulgación del COIP, esto es, constitucionalizar el derecho penal y limitar el ejercicio arbitrario del poder punitivo, al contrario, el COIP promulgó tipos penales y sanciones contrarias a principios constitucionales, de manera particular, al debido proceso en la garantía de la proporcionalidad, reconocido en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución del Ecuador,<sup>56</sup> que exige que las penas deben estar acorde al daño causado por la infracción, y una de las sanciones desproporcional es la establecida en el delito de estafa.

Con el reconocimiento de la garantía de la proporcionalidad entre la sanción y las infracciones, se garantiza que el legislador, en su libre potestad de creación de leyes, respete los principios constitucionales, tales como, el de mínima intervención penal y el de última ratio del derecho penal, estableciendo penas coherentes no solo con el bien jurídico afectado, sino, permitiendo que el delito cometido se encuentre en armonía con los parámetros utilizados o dosimetría penal aplicada a los diferentes tipos penales.

En ese contexto, es necesario realizar un análisis sobre las características propias del delito de estafa en contraste con otros tipos penales, si en ese análisis se evidencia la existencia de ciertos delitos similares, como la estafa y el abuso de confianza, en los cuales, ambos se basan en generadores de confianza y disposición de bienes, pero con penas drásticamente diferentes. Se puede concluir que la pena para el delito de estafa es desproporcional o no cumple con los parámetros lógicos y de razonabilidad aplicados por el Legislador en la creación de la sanción para este delito y otros tipos penales.

---

<sup>56</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, numeral 6.

En el presente subcapítulo, analizaré varios tipos penales, algunos tienen características similares al delito de estafa, como el bien jurídico que se protege, mientras que otros, han sido escogidos por su relevancia o conmoción que pueden causar al infringirlos. Además, he escogido únicamente a los delitos que son sancionados con una pena máxima de cinco años de prisión, por lo que evidenciaremos las diferentes sanciones a conductas que generan en muchos casos, una mayor alarma social e incluso un mayor grado de reproche social, tales como, delitos de corrupción o delitos de discriminación, y que pese a ello, tienen una sanción menor a la establecida en el delito de estafa y consecuentemente son sujetos a conciliar.

Inicio comparando al delito de discriminación, el bien jurídico que protege es el derecho a la igualdad, lo relevante de este delito es que, el Ecuador al ser un país plurinacional confluyen diferentes culturas y nacionalidades, las cuales históricamente han sido ultrajadas en sus derechos, por ello la importancia del reconocimiento del bien jurídico, sin perjuicio de aquello, tiene una pena menor que el delito de estafa lo cual le permitiría someterse a una conciliación.

<b>Delito</b>	<b>Sanción</b>	<b>Diferencia con la Estafa</b>
Art. 176.- Discriminación	1-3 años	4 años

El delito de odio, tiene como particularidad ser una conducta dolosa que va dirigida a una afectación o lesividad tanto física como psicológica, en razón de su condición cultural, racial o de identidad, conducta que tiene una lesividad incluso que denigra a cierta cultura de la raza humana, pues a diferencia del delito de estafa que tiene como elemento el engaño con fines económicos y no raciales.

<b>Delito</b>	<b>Sanción</b>	<b>Diferencia con la Estafa</b>
Art. 177.- Odio	1-3 años	4 años

Los delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar, sancionan con una pena de 3 a 5 años a quien, en su calidad de servidor público, es decir, un sujeto activo calificado, ingrese a un domicilio privado sin autorización prevaleciéndose de su condición laboral y, por otra parte quien al ingresar a una propiedad privada sin autorización produzca lesiones sobre la víctima, estas dos conductas antijurídicas, son sancionadas con

una penal inferior que el delito de estafa, cuando el bien jurídico que se protege en el primer caso afecta incluso hasta la integridad personal siendo éste un bien jurídico que se reviste de mayor protección frente al de propiedad.

<b>Delito</b>	<b>Sanción</b>	<b>Diferencia con la Estafa</b>
Art. 178.- Intimididad	1-3 años	4 años
Art. 181.- Propiedad privada <ul style="list-style-type: none"> <li>● con violencia</li> <li>● SA calificado</li> </ul>	6m - 1 año 1-3 años 3-5 años	4 años 6 meses - 6 años 4 años 2 años

Sobre el delito contra la libertad de expresión y de culto, es llamativo evidenciar la desproporcionalidad de la sanción que existe frente a la estafa, toda vez que, aunque el cometimiento del delito contra la libertad de expresión sea violento<sup>57</sup>, tiene una sanción inferior al de la estafa, incluso menor sanción que los delitos contra la intimidad personal y familiar, insisto, sin advertir que uno de los elementos objetivos del tipo sea la aplicación de la violencia.

<b>Delito</b>	<b>Sanción</b>	<b>Diferencia con la Estafa</b>
Art. 183.-Restricción a la libertad de expresión	6m - 2 años	4 años 6 meses - 5 años
Art. 184.-Restricción a la libertad de culto	6m - 2 años	4 años 6 meses - 5 años

Delitos contra el derecho a la propiedad.- En la protección a los delitos contra la propiedad podemos evidenciar de manera más precisa y alarmante la desproporcionalidad interna y externa que existe al momento de sancionar las conductas reprochables y, de manera particular la desproporcionalidad que existe referente al delito de estafa.

El delito de extorsión y de usurpación tienen como elementos de la tipicidad entre otros a la violencia e intimidación, por su parte el delito de daño a bien ajeno puede provocar la destrucción de la residencia de la víctima, colocando en una situación de vulneración grave, estos delitos tienen en común que su sanción es menor a los cinco

---

<sup>57</sup> Nota: se entiende por violencia al empleo de fuerza para arrancar el consentimiento, conforme lo cita Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

años, la cual difiere del delito de estafa que está castigado con una pena superior a los 5 años de prisión y que para su consumación no se practica ni la violencia ni la intimidación.

Los delitos contra la propiedad han sido víctima de la presión mediática ejercida por la burguesía o la clase social económicamente media alta, consiguiendo que en contra de éstos delitos se sancione de manera drástica la conducta antijurídica, lo que ha llevado a que el legislador con poco o ningún análisis establezca penas crueles para aislar al antisocial, generando un radical estereotipo de las personas que deben estar en los centros carcelarios, ejemplo de aquello es la drástica sanción que se impone a quien comete el delito de robo, por ejemplo, quien sustrae con violencia un celular de 100 dólares, provocando a la víctima algún rasguño en el momento del *arranche* está sujeto a una sanción de 5 años, y si el robo fue perpetrado por dos personas con una dinámica de quitar con violencia e intimidación por parte del segundo participante,<sup>58</sup> pueden llegar a ser sancionados con una pena de 9 años 4 meses, mientras que delitos que afectan bienes jurídicos de mayor relevancia como la vida<sup>59</sup>, en algunos casos tienen establecida una sanción mucho menor que los delitos contra la propiedad, como el caso de robo y el de estafa.

¿Quiénes están sometidos al sistema penal y encerrados en sus cárceles? Hay muchas fuentes para contestar esta pregunta. El sentido común es una de ellas, que suele ser muy útil la mayoría de las veces, aunque a veces atrofiado por los medios de comunicación. Cuando alguien se imagina las personas que entran, permanecen o salen del sistema penal, inmediatamente se representa al malo de la calle, de acuerdo con nuestros estereotipos: personas pertenecientes a grupos marginales, pobres, en su mayoría hombres, afrodescendientes, jóvenes y mal encarados. A estos los vemos en los periódicos, en los noticieros y muchas veces los identificamos como nuestros agresores. Nuestro estereotipo suele coincidir con el de la policía, fiscales y jueces. Efectivamente, ellos están en las cárceles. Esto no significa que personas de otras características o clases sociales no puedan entrar en el sistema penal, sino que simplemente son la minoría que entra al sistema por razones distintas a las que explican la exclusión social.<sup>60</sup>

El planteamiento referido por Ramiro Ávila, es concordante con el índice de personas detenidas en los centros carcelarios, quienes en su mayoría se encuentran por delitos contra la propiedad, o contra la salud -droga- que es otro fenómeno social que

---

<sup>58</sup> Nota: La casuística ha permitido identificar hechos en los cuales, el primer participante *arrancha* el celular, forcejea con la víctima y sale corriendo, mientras que el segundo participante intimida a la víctima diciéndole que no se mueva y que se quede quieto porque si no lo mata.

<sup>59</sup> Nota: El homicidio culposo tiene una sanción de 3 a 5 años, el aborto no consentido tiene una sanción de 5 a 7, el aborto consentido tiene una sanción de 1 a 3 años.

<sup>60</sup> Ramiro Ávila, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar: 2013), 133.



ataca a los más débiles ya que son los expendedores los que hacen las cárceles y no los grandes directores de las organizaciones delictivas.

Otra sanción totalmente incoherente y por supuesto desproporcionada en relación con el delito de estafa, es la establecida en los artículos 197 y 198, referentes al hurto de bienes de uso policial y el hurto de lo requisado, toda vez que, quien comete este tipo de infracciones son en primer lugar sujetos calificados y además funcionarios públicos a los cuales se les ha conferido una responsabilidad mayor, ya que son agentes del control del orden público y que abusando de su condición se sustraen armas, municiones, explosivos y en el segundo caso, bienes privados de personas que han sido requisadas, generando este tipo de actos una gran conmoción y vergüenza social, y que pese a ello tienen una sanción inferior a la del delito de estafa.

<b>Delito</b>	<b>Sanción</b>	<b>Diferencia con la Estafa</b>
Art. 185.-Extorsión.-	3-5 años	2 años
Art. 187.-Abuso de confianza.	1-3 años	4 años
Art. 189.-Robo con fuerza	3-5 años	2 años
Art. 196.- Hurto	6m-2 años	4 años 6 meses -5 años
Art. 197.- Hurto de bienes de uso policial	3-5 años	2 años
Art. 198.- Hurto de lo requisado	2 años	5 años
Art. 200.-Usurpación con intimidación o violencia	1-3 años	4 años
Art. 204.-Daño a bien ajeno.-	3-5 años	2 años
Art. 205.- Insolvencia fraudulenta	3-5 años	2 años
Art. 206.-Quiebra	1-3 años	4 años

Delitos contra el derecho a la identidad.- Tienen una sanción de 1 a 3 años, sin embargo uno de los objetivos por el que se puede cometer esta infracción, puede ser el económico, buscando un beneficio de lucro, no obstante, no está excluido de ser resuelto mediante la conciliación, como es el caso de la suplantación de identidad, tipificado en el artículo 212 del COIP, recibiendo un trato diferenciado frente al delito de estafa el cual también tiene como finalidad la disposición económica de un tercero.

Delitos contra el derecho a la cultura. - En el Ecuador, tiene más relevancia jurídica estafar a un civil, sin determinar el valor del perjuicio, que destruir bienes pertenecientes al patrimonio cultural intangible del Estado, bienes que por su características pueden llegar a tener un valor indeterminado e invaluable, sin embargo, conforme lo tipifica el artículo 237 del COIP, se sanciona con una pena privativa de libertad de 1 a 3 años. Al proteger los derechos de cultura, no solo se protege un objeto como bien patrimonial, se protege una historia, una cultura o una enseñanza.

Los tipos penales identificados tienen varios elementos de tipicidad o características similares. Son delitos dolosos y de resultado, que afectan directamente a la propiedad o para la comisión del delito puedan tener como finalidad un beneficio o afectación, entre otros, el económico; además, se han analizado delitos que son cometidos con violencia o intimidación, y en algunos casos el sujeto activo debe ser calificado, el cual necesita una cualidad o condición especial,<sup>61</sup> concluyendo que, como característica común, todos tienen una pena privativa de libertad inferior a 5 años, por lo que serían susceptibles de conciliación penal, y sobre todo evidenciando que conforme el análisis de tipicidad tienen elementos similares al delito de estafa pero con una gran diferencia en su sanción, sin establecer criterios racionales que determinen escalas a bienes jurídicos similares o de mayor importancia como el daño a la propiedad privada con violencia<sup>62</sup> en el cual, a más de la vulneración al derecho a la propiedad, se afecta la integridad personal.

### **2.3. Identificación de delitos con impedimento normativo para conciliar entre las partes**

La imposición de las penas y la ejecución de éstas, son los medios legítimos con los que el derecho penal garantiza el objetivo planteado, con la prevención general el legislador pretende impedir que se cometan infracciones de las normas penales de conducta, amenazando a los ciudadanos que traten de contravenir las imposiciones estatales.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Pablo Encalada, *Teoría Constitucional del Delito* (Quito: Centro de Estudios y Publicaciones: 2016), 45.

<sup>62</sup> Pedro Bermeo Arcos, “Dosimetría Penal: la arbitrariedad normativa y práctica” (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019), 25-26, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6904/1/T2978-MDPE-Bermeo-Dosimetria.pdf>.

<sup>63</sup> Hans-Joachim Rudolphi, “El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, en *El Sistema moderno del Derecho Penal*, cord. Bernd Schuneman (Buenos Aires, Editorial B de F: 2021), 81.

Garantizar la vigencia normativa de las normas no es una cuestión fácil para el Estado, pues tener un sistema garantista, de mínima intervención, no es conveniente para los fines del derecho penal estatal, más allá que de manera utópica el Ecuador se autoprocama como un estado democrático de derechos y justicia.

Para el cumplimiento de un derecho penal de máxima protección, el COIP determina la existencia de requisitos de admisibilidad que excluyen ciertos delitos de ser sometidos a mecanismos alternativos de solución de conflictos.

El artículo 663 del COIP, en su inciso final determina que se excluyen de someterse al procedimiento conciliatorio las infracciones contra la eficiente administración pública, las que afecten los intereses del Estado, contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

De tal manera que, el actual procedimiento debe basarse sobre la máxima fundamental del Estado de derecho, esto es, el respeto a la norma previamente establecida, garantizando el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad, sobre éste tema, Felipe Rodríguez citando a Mezger, refiere que el único principio que en nuestra cultura jurídica puede proporcionar una garantía absoluta en la administración de justicia es el de legalidad<sup>64</sup>.

De acuerdo con este principio, se encuentra prohibido normativamente someter a la conciliación penal los delitos sancionados con una pena privativa de libertad superior a 5 años, proscribiendo la posibilidad de que el delito de estafa sea resuelto mediante el resarcimiento del daño económico, sin perjuicio de que el fin de la protección del bien jurídico es la propiedad o el patrimonio.

Lo mismo sucede con el delito de abuso de confianza, ya que este tipo penal queda excluido de ser sometido a una resolución alternativa del conflicto, específicamente en los casos que el perjuicio o lesividad sea superior a 30 salarios básicos unificados del trabajador en general, siendo aproximadamente un valor de 12.000 dólares.

El requisito del grado de lesividad, restringe de manera general a todos los tipos penales que protegen el bien jurídico de la propiedad y que exceda el valor de los 30 SBU, en ese sentido, los 25 tipos penales descritos en la sección novena del capítulo segundo,

---

<sup>64</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal Parte General, Tomo II*, (Quito: Editora Cevallos: 2021), 29.

los cuales están vinculados con la propiedad, no pueden someterse a una conciliación si el daño causado supera el monto fijado por la ley.

Referente a los bienes jurídicos que el inciso final del artículo 663 del COIP excluye, entendemos, por la gravedad de la conducta, por el nivel de lesividad que produce, por el reproche social que genera y por ser contrarios a la ética y moral como los delitos contra la administración pública, compartimos la racionalidad aplicada a los mismos, por ser idóneo y necesario que el cometimiento de este tipo de infracciones sea castigado únicamente con el cumplimiento de la pena, permitiendo que la validez de norma sea ratificada mediante la ejecución de la sentencia.

Sería inaceptable que un delito de abuso sexual perpetrado en un contexto del núcleo familiar en contra de una menor de 6 años pueda ser resuelto de manera amigable, teniendo en cuenta que en algunos casos se ha evidenciado que el poder económico ha tratado de comprar conciencias de familias que por su condición de vulnerabilidad socio-económica se ven tentadas a la impunidad.

Prohibir una solución alternativa de conflictos dentro de los bienes jurídicos identificados en el COIP cumple con los estándares internacionales<sup>65</sup> de protección contra los niños, niñas, adolescente y contra la violencia a la mujer, así como contra los delitos de corrupción,<sup>66</sup> no obstante de aquello, llama la atención que dentro de este catálogo de delitos calificados como graves o de conmoción social, tengan el mismo tratamiento procesal que el delito de estafa, cuando éste último, no cumple con las características de delitos investigados por su conmoción social o grave afectación a los bienes jurídicos como la vida, la integridad sexual, y en general toda afectación a los niños, niñas y adolescentes quien gozan del principio del interés superior del niño.

A fin de cumplir con las normas de conducta, que van dirigidas a ejercer la función pública de manera honorable y diligente, orientadas al respeto de los bienes públicos, el COIP ha establecido como delitos contra la administración pública a los siguientes.

---

<sup>65</sup> ONU Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del niño*, adoptada por la Asamblea General, 20 de noviembre de 1989, RES/44/25, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

<sup>66</sup> OEA, Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana contra la Corrupción*, Adoptada en Caracas Venezuela, 29 de marzo de 1996, [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corruccion.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruccion.pdf).

<b>Delito</b>	<b>Sanción</b>	<b>Diferencia con la Estafa</b>
Art. 280.- Cohecho.	1-3 años	4 años
Art. 281.- Concusión.	3-5 años	2 años
Art. 285.- Tráfico de influencias.	3-5 años	2 años
Art. 286.- Oferta de tráfico de influencias.	3-5 años	2 años

En el cuadro supra, podemos advertir que la dosimetría o sanción penal establecida para los delitos contra la corrupción es menor que la pena del delito de estafa, nos preguntamos, cómo es posible que un estado como el ecuatoriano, que ha sufrido de este mal de corrupción, tenga sanciones penales inferiores a delitos que perjudican económicamente al tesoro nacional y consecuentemente vulneran el derecho a la salud, a la vivienda, a la educación, entre otros.

Finalmente, cabe indicar que los jueces al momento de sentenciar o resolver los el conflicto penal mediante los diferentes para resolver el conflicto, están obligados a aplicar la pena en abstracto, es decir, la pena que consta en el tipo penal, y no la pena en concreto, de tal manera que, la actual sanción para el delito de estafa no podrá ser modificada por el juez en razón de los hechos circunstanciales, consecuentemente, cierra todas las puertas para permitir conciliar dentro del delito de estafa, así como de aplicar las atenuantes previo a resolver.

#### **2.4. Respuesta a la identificación de factibilidad e impedimentos de la aplicación de la conciliación desde un enfoque cuantitativo de los delitos tipificados en el COIP**

Hemos analizado los requisitos que permiten y prohíben resolver los conflictos penales mediante la conciliación, los cuales establecen el marco taxativo de qué tipos penales pueden ser sujetos a una solución alternativa, que basados en el principio de legalidad, base fundamental del derecho penal, protegen a los justiciables y garantizan el derecho a la seguridad jurídica.

Además, hemos evidenciado que las sanciones privativas de la libertad establecidas en los diferentes tipos penales que analizamos, posiblemente tendrían serios

problemas de proporcionalidad, relacionada entre los bienes jurídicos que protegen y sus sanciones.

Ahora bien, una de las posibles soluciones para cumplir con los fines del derecho penal, así como, ser más eficientes con los fines de la pena, podría ser, aplicar el test de proporcionalidad y de manera particular el subprincipio de necesidad de la pena.

Pues la pena, se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de la intervención (...), el principio de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego.<sup>67</sup>

Establecer sanciones proporcionales permitirá desarrollar de manera correcta el principio de necesidad, y de manera particular, se podrá resolver el delito de estafa mediante la conciliación penal, ya que seguramente, garantizando y aplicando el principio de proporcionalidad en delito de estafa, se reduciría la actual pena.

El derecho penal se concreta mediante el principio de necesidad de castigar al antisocial, pero también, bajo el reconocimiento del principio de mínima intervención penal con sus dos manifestaciones: el principio de subsidiariedad y el principio de fragmentariedad. Aceptamos como válido que los jueces deben aplicar el procedimiento en base a las normas previamente establecidas conforme la voluntad política del legislador, pero dentro de cada proceso también deben analizar si la pena consigue un fin constitucionalmente válido y si es necesaria para ese fin.<sup>68</sup>

La pena mínima necesaria, que es la consecuente con un sistema garantista, tiene como fin frenar reacciones penales más aflictivas. Si lo que se produce, al aplicar la pena, es la perversión del privado de libertad, la pena pierde legitimidad. La pena debe respetar a la persona y a su dignidad. ¿Cómo lo logra? El valor de la persona impone tres límites: debe ser necesaria, mínima y cierta. En consecuencia, una pena que genera más violencia que la que provocó el delito es innecesaria, una pena que degrada es máxima y una pena indeterminada es incierta.<sup>69</sup>

Por ejemplo, sancionar con una pena privativa de la libertad por el delito de estafa, a un sujeto que resarce en el daño económico a la víctima, es innecesaria, y como refiere

---

<sup>67</sup> Gloria Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, edit. Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008), 278.

<sup>68</sup> Teresa Aguado, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en *El principio de Proporcionalidad Penal*, dirs. Juan Lascaraín y Maximiliano Rusconi (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014), 40-1.

<sup>69</sup> Ramiro Ávila, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales S.A., 2013), 74.

Ramiro Ávila, “cumplir una pena innecesaria en centros en los que hay hacinamiento y violencia constante es máxima; y, una pena que depende de la voluntad de jueces que aceptan la conciliación y de otros que no la aceptan, es incierta”<sup>70</sup>.

En conclusión, si el COIP estableciera sanciones proporcionales con una correcta dosimetría en el quantum de la pena, se permitiría que en su gran mayoría los delitos contra la propiedad puedan resolverse con la conciliación penal, ayudando a cumplir con los fines de la pena dentro de un contexto garantista y democrático, de derechos y justicia.

### **3. El rol de los sujetos del delito y su participación dentro de la conciliación penal**

El rol de los sujetos del proceso penal ha sido cambiante, caminando por la oscuridad e inseguridad de un proceso arbitrario que lo decidía el Rey -en muchos casos bajo las premisas Cristianas-, hasta la exclusión de derechos a conveniencia del gobernante de turno: lo cierto es que nunca ha existido certeza de que mediante las leyes se llegue a la justicia, pues acercarse remotamente a ella, es en muchos casos una victoria.

En el Derecho penal primitivo, se instauró como reacción a los agravios la llamada *venganza de sangre*, que recae sobre cualquiera de los familiares del causante del delito, y tenía como finalidad que el autor de la ofensa se abstenga de cometer infracciones por el cariño a los padres o hijos ya que generalmente ellos terminaban sufriendo las consecuencias o venganza,<sup>71</sup> podríamos decir que en la actualidad se equipara a la prevención general negativa de la pena.

En el siglo XI, se instauró la inquisición, que evocaba grilletes, hierros candentes, mazmorras y toda clase de castigos con dolor, su finalidad consistía en perseguir almas descarriadas, y el papel de los jueces en descubrirlas, para lograr la expiación del pecado.

En el Derecho Medieval, época en la que surge la inquisición, la reacción frente a la conducta delictiva quedaba siempre a cargo de la víctima o sus cercanos, quienes ostentaban el poder. Esta concepción de un derecho penal de la “venganza privada”, se debe en cierta forma, a la confusión que existía entre el derecho civil y el penal.<sup>72</sup>

Posteriormente al tomar fuerza el derecho penal como derecho estatal ejercido mediante el *ius puniendi* de manera monopolizada por el estado, se produce la separación

---

<sup>70</sup> *Ibíd.*

<sup>71</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, (Buenos Aires: Editorial B de F, 2005), 194.

<sup>72</sup> Ramiro Ávila, La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal (Quito: Ediciones Legales S.A., 2013), 74.

del derecho civil y el penal, mientras el primero busca la reparación material por el daño, el segundo busca cumplir con los fines de la pena, ofreciendo la pacificación social, la imparcialidad y la proporcionalidad.

En la actualidad, el derecho penal enfoca su atención mayoritariamente hacia el sujeto activo de la infracción penal: el delincuente. Como consecuencia, su contraparte la víctima, vio mermado su papel y degradada su posición.<sup>73</sup>

Se ha llegado a considerar que el tipo penal supone la participación de tres sujetos que interactúan en una relación recíproca: el sujeto activo, es la persona que ocasiona la lesión al bien jurídico, el sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico penal, que no necesariamente es el sujeto contra quien recae físicamente la acción, y por último, el estado, que es el llamado a reaccionar con el inicio del proceso y búsqueda de la verdad procesal y la consecuente pena.<sup>74</sup>

En el presente subcapítulo, se revisará el concepto de los sujetos del delito, quién actúa de victimario, conocido en sus diferentes participaciones procesales como investigado o procesado, así como el concepto del sujeto pasivo, sobre quien recae la lesión o sufre el detrimento del bien jurídico.

Se establece cuál es el camino que ha recorrido la víctima y el investigado-procesado en la historia normativa, hasta llegar al reconocimiento que actualmente goza, así como, se revisará las limitaciones que establece la norma (COIP) referentes al tema que nos ocupa, el ejercicio de las salidas alternativas, de manera particular: la conciliación.

### **3.1. El investigado en la etapa previa**

La Constitución y el COIP, han promulgado un catálogo de principios y derechos que protegen al investigado, pese aquello, el poder punitivo sigue siendo arbitrario y abusivo frente a los derechos de los sujetos del delito, es evidente que, el derecho penal es el instrumento, por antonomasia, que permite legitimar grandes violaciones a los derechos humanos de los investigados,<sup>75</sup> tal es que, hasta ahora no se traza una correcta

---

<sup>73</sup> Luis Reyna Alfaro, “La problemática de la víctima en el Derecho penal: reflexiones a propósito de la criminalidad informática”, en Derecho, procesal penal y victimología, dir. Luis Miguel Reyna (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003), 398.

<sup>74</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, (Buenos Aires: Editorial B de F, 2005), 223.

<sup>75</sup> Ramiro Ávila, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos una mirada desde el garantismo penal*, (Quito: Ediciones Legales EDLE, 2013), 11.



línea de respeto a los derechos de la víctima y del victimario, a modo de ejemplo, observamos que para la ciudadanía, el derecho de la víctima de violación prevalece sobre el debido proceso del victimario.

Además, pese a la existencia de instrumentos internacionales que protegen los derechos de los procesados a ser tratados con dignidad, así lo reconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales como el derecho a que se presuma su inocencia, a ser tratado en plena igualdad y al derecho a la defensa, entre otros, la realidad es que el investigado, al enfrentarse en la fase previa, sin la supervisión de un juzgador imparcial, es víctima a las arbitrariedades antojadizas del fiscal, como modo de ejemplo, si una investigación está activa más de tres años, y la defensa, en pleno ejercicio del principio de legalidad, solicita el archivo de la misma, puede ser sujeto a una respuesta, cómo: “fiscalía es el titular del ejercicio de la acción penal, y en el momento oportuno resolverá el requerimiento”, teniendo dos opciones, presentar una queja y provocar un desmedro en las pretensiones del cliente, o esperar que Fiscalía decida voluntariamente resolver la situación jurídica, vulnerando el debido proceso, y garantías como la tutela judicial efectiva<sup>76</sup> y el plazo razonable.<sup>77</sup>

Bajo esas reglas de juego, imparciales, el proceso penal puede iniciar mediante dos vías, cuando una persona es aprehendida en delito flagrante y puesta inmediatamente a órdenes del juez para que resuelva sobre la existencia de méritos para calificar la conducta como presunto delito, y la segunda vía es mediante la investigación previa de hechos que pueden concluir en la imputación de responsabilidad hacia un sujeto mediante la formulación de cargos.

Para los fines de este trabajo, en este subcapítulo nos centraremos en el análisis de la segunda vía procesal penal, la investigación previa, y su desarrollo normativo en el contexto del ejercicio y aplicación de la conciliación penal y su relación la estafa.

Ahora bien, el artículo 662 del COIP, establece los principios generales que rigen a la conciliación, y desde esta primera norma, se evidencia un error en la identificación conceptual de los sujetos que participan, por cuanto la norma manifiesta que para aplicar

---

<sup>76</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.-:108-15-SEP-CC, de 08 de abril de 2015, 7.

<sup>77</sup> Corte IDH, “Sentencia de 15 de febrero de 2017, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador, 15 de febrero de 2017, párr. 159. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_332\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_332_esp.pdf).

la conciliación se requiere el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del procesado.<sup>78</sup>

Técnicamente, los principios de la conciliación están limitados a los procesos judicializados, excluyendo a las investigaciones previas, ya que el sujeto activo en este momento es identificado como investigado y no como procesado, recordemos que el sujeto activo del delito es considerado procesado siempre y cuando se le haya formulado cargos ante la autoridad jurisdiccional, calificación que en la investigación previa todavía no alcanza el presunto victimario. Lo cierto es que ha sido un error de la Asamblea, que no genera mayor discusión sino más bien una advertencia de error legislativo.

El artículo 665 del COIP determina el procedimiento y reglas a seguir para el trámite de la conciliación, evidenciándose que ahora si la norma realiza una correcta distinción conceptual entre investigado y procesado, a diferencia de lo establecido en los principios generales como ya fue comentado ut supra.

Los primeros 5 numerales del artículo 665 del COIP establecen el procedimiento de la conciliación dentro de una investigación previa, por lo que legalmente si es admisible la conciliación sin la participación del juez.

Ahora bien, qué requisitos de admisibilidad se deben cumplir para realizar una conciliación cuando nos encontramos dentro de una investigación previa, teniendo en cuenta que el artículo 663 del COIP establece ciertos presupuestos como el tiempo de la pena o el tipo penal, pero bajo un ámbito procesal temporal que no es aplicable dentro de las investigaciones previas, me explico, el COIP determina que el pedido de conciliación se lo presenta hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal, contradiciendo lo que se establece el artículo 665 que determina el procedimiento a seguir cuando el pedido de conciliación se lo realiza dentro de una investigación previa:

Art. 665.- Reglas generales.- La conciliación se sustanciará conforme con las siguientes reglas: (...) 2. Si el pedido de conciliación se realiza en la fase de investigación, la o el fiscal realizará un acta en el que se establecerá el acuerdo y sus condiciones y suspenderá su actuación hasta que se cumpla con lo acordado. Una vez cumplido el acuerdo se archivará la investigación de acuerdo con las reglas del presente Código. 3. Si el investigado incumple cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgrede los plazos pactados, la o el fiscal revocará el acta de conciliación y continuará con su actuación [...]<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

<sup>79</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 665.

Como se advierte en el artículo 665 del COIP, es legal y admisible presentar un requerimiento de conciliación en la fase de investigación previa, lo que genera el siguiente análisis, acaso el artículo 663 establece presupuestos de admisibilidad que son aplicables únicamente en el proceso como tal y no en las investigaciones previa.

Parecería, que realizando una interpretación conforme al principio de favorabilidad, se entiende que los requisitos establecidos en el artículo 663 del COIP no serían aplicables dentro de los casos de investigación previa, ya que se incluiría el presupuesto de temporalidad y el del tiempo de la pena; es decir, el delito de estafa podría resolverse mediante la conciliación, lo cierto es que en la actualidad, los fiscales una vez que conocen de la conciliación a la que han llegado las partes, optan por solicitar el archivo de la investigación conforme lo determinado en el artículo 586 del COIP.

Finalmente, considero que se debe emitir un reglamento para la aplicación de la conciliación cuando se desarrolle la fase de investigación previa, de manera similar como se lo hizo para asuntos de tránsito, estableciendo normas claras para los justiciables y operadores judiciales que permitan materializar la voluntad de las partes en someterse a un mecanismo alternativo como la conciliación, una opción eficiente sería que el acta de mediación suscrita en los centros de mediación autorizados sea una herramienta procesal suficiente para remitir el expediente al juez de garantías penales y proceder a validar el archivo sin más limitaciones que las establecidas a los bienes jurídicos de gran relevancia social.

Además, por la naturaleza del delito de estafa, que como ya hemos indicado lesiona el bien jurídico de la propiedad, se entiende que en esta primera fase investigativa, en la que recién inicia a decurrir el tiempo de investigación, de ser el caso, y poder solucionar y resarcir el daño económico causado, en el menor tiempo posible, sería definitivamente una vía efectiva e idónea para solucionar el conflicto penal.

### **3.2. El procesado**

Los derechos del procesado están representados en las violaciones a los derechos humanos que la sociedad ha aceptado durante toda la historia de la vida humana, enfrentándose el delincuente al poder más violento que ejerce el estado, la represión.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Ramiro Ávila, *La injusticia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito: Ediciones Legales EDLE, 2013), 52.

Desde la época del Rey Hammurabi se constituyó un poder hegemónico por parte del Imperio Babilónico, eliminando la venganza privada pero instaurando la mitología y la teología como herramientas procesales de sanción,<sup>81</sup> en la que el procesado no gozaba de ningún derecho más que el de purgar el pecado cometido.

En el tiempo del Rey, el delincuente nato era considerado como un sacrificio, no era más que un desecho de la sociedad que no tendrían quien lo reclame, este sacrificio tenía como objetivo, conservar la comunidad en armonía y paz,<sup>82</sup> retribuyendo mediante la pena, el mal que fue causado por el delito, siendo la sanción la necesidad retributiva que pesaba en contra del delincuente.

Para aquellos años, no existía ningún derecho procesal o finalidad lógica y legal sobre el infractor, lo que se buscaba era la retribución del mal causado, en algunos casos aplicando penas más dolorosas que las infligidas por el delincuente, es decir sanciones desproporcionadas.

Cesare Beccaria,<sup>83</sup> mediante su recordado e ilustre obra *De los Delitos y las Penas*, se opuso al autoritarismo del estado como administrador de las leyes, e impulsó el principio de proporcionalidad mediante su postulado de que “toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica”<sup>84</sup> estableciéndose que no existe un derecho a castigar sino un derecho a castigar necesariamente.

Con el transcurso del tiempo, los pensamientos de Beccaria, de Carnelutti, entre otros, permitieron sentar las bases y considerar que los juicios sean medios para garantizar los derechos del procesado, y que su eficacia y perfectibilidad permiten al juez natural resolver el hecho puesto en conocimiento bajo los principios de publicidad, oralidad, contradicción inmediatez, concentración y exclusividad de la prueba.<sup>85</sup>

Ahora bien, uno de los derechos por excelencia dentro del proceso penal, es el derecho a la defensa, que además de estar reconocido por el artículo 76 de la Constitución del Ecuador, en función de los artículos 9 y 11 de Declaración Universal de Derechos

---

<sup>81</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general*, Tomo III (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2020), 17.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, 94.

<sup>83</sup> Eugenio Zaffaroni, “La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo”. (Ponencia, Congreso Internacional Cesare Beccaria y la Política Criminal Moderna, Milán, 15 a 17 de diciembre de 1988). [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1989-20052100552](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1989-20052100552).

<sup>84</sup> Cesare Beccaria, “Tratado de los delitos y de las penas”, en *Tratado de las Casas*, Ed. Joachin Ibarra (Madrid: Impresor de Cámaras, 1774), 6.

<sup>85</sup> Eduardo Jauchen, *Proceso penal sistema acusatorio adversarial* (Buenos Aires: Editores Rubinzal-Culzoni, 2015), 19.

Humanos, artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas que tienen completa vigencia en el país por ser parte del bloque de constitucionalidad, se encuentra desarrollado en la norma especial penal ecuatoriana (COIP), y que establecen un abanico amplio de protección a la víctima y al procesado dentro de todo juicio penal.

El derecho a la defensa se encuentra simétricamente relacionado con el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad, pues la garantía a la defensa integral es un derecho que en materia penal, con mayor razón por los bienes jurídicos en debate, debe ser cuidadosamente observado por el juzgador en virtud de que está de por medio el mayor de los derechos humanos: la libertad de una persona.<sup>86</sup> La Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a la defensa se ha pronunciado de la siguiente manera:

Es un medio de tutela dentro de un proceso judicial que consiste en la posibilidad de que las partes procesales dentro de una causa tengan acceso a exponer en forma oportuna todas las situaciones de hecho y de derecho que respaldan sus pretensiones materiales y jurídicas ante las autoridades jurisdiccionales competentes. De tal forma que a su vez se garanticen los principios de igualdad de las partes y de contradicción, para que se obtenga una decisión motivada.<sup>87</sup>

Pero no siempre se garantizó el derecho a la defensa y mucho menos mediante el patrocinio de un abogado, ya que en el siglo XVIII Inglaterra mediante la aplicación del sistema anglosajón consideraba que una persona inocente podía defenderse por sí misma, sin la compañía de un abogado por cuanto la verdad siempre sale a la luz, y que al contrario, si dentro del proceso se incluía a un letrado, éste entorpece el desarrollo del proceso y se dejaría de escuchar al acusado por la audacia del abogado.<sup>88</sup>

En la actualidad, el derecho de contar con el patrocinio de un abogado y sobre todo de confianza, es una garantía procesal que permite proteger los derechos del procesado, al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

De otra parte, la garantía de ser asistido por una o un profesional del derecho particular o público, reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal g) de la Constitución busca que los sujetos procesales “[...] cuenten con una asistencia legal que les permita ejercer su derecho a la defensa” 15. Este Organismo ha señalado que “[e]n el ámbito penal, esta garantía es indispensable para evitar un desequilibrio procesal y tutelar los derechos de las personas sujetas a investigación o procesamiento frente al poder punitivo del Estado” y que ésta no se garantiza a través de la mera presencia de una o un profesional del derecho

---

<sup>86</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.-:04-19-EP/21, de 21 de junio de 2021, 17.

<sup>87</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.-:987-15-EP/20, de 18 de noviembre de 2020, 12.

<sup>88</sup> Abel Fleming, *Garantías del imputado*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007), 295.

durante una diligencia.<sup>16</sup> Adicionalmente, “[...] dicha disposición debe entenderse en el sentido de que, a falta de una defensa técnica particular, las personas cuentan con la garantía de ser asistidos por un defensor público, nombrado conforme la ley” mas no en el sentido de restringir una posible elección respecto de la actuación de una o un representante de la defensa pública.<sup>89</sup>

Además la Corte Constitucional, ha señalado claramente que las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 76 de la Constitución del Ecuador, son complementarias, por lo que para garantizar el efectivo derecho al debido proceso se deben cumplir con cada una de ellas y no de manera aislada.<sup>90</sup>

El respeto y la plena aplicación de los preceptos constitucionales y legales permiten garantizar el principio de la seguridad jurídica, pues la Corte Constitucional del Ecuador ha sostenido que “este derecho garantiza certeza en la aplicación normativa, ya que asegura la sujeción a un marco jurídico determinado, que tome como fundamento principal las disposiciones constitucionales.”<sup>91</sup>

Pese al catálogo de derechos constitucionales e internacionales que ha reconocido el Ecuador, que están relacionados directamente a la protección de los derechos de los sujetos procesales en materia penal, el COIP, establece limitaciones que podrían afectar el correcto y razonable procedimiento penal, por lo que en el presente sub capítulo, analizaremos los principios y normas aplicables al procesado dentro de la sustanciación de una conciliación.

Ahora bien, contrario a las ambigüedades evidenciadas en la investigación previa, el procedimiento de aplicación de la conciliación dentro del proceso judicial se encuentra desarrollado de una manera más clara y precisa, de tal manera que el artículo 663 del COIP desarrolla los requisitos de admisibilidad bajo el presupuesto de un proceso.

EL COIP determina de manera clara y precisa el ámbito temporal de presentación del pedido de conciliación, el cual será hasta antes de la conclusión de la etapa de la instrucción fiscal, así como delimita los delitos que pueden resolverse mediante este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

La norma penal establece que el marco de voluntariedad de la víctima y del victimario para solicitar la conciliación, será únicamente dentro de los delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años, lo cual excluye a muchos

---

<sup>89</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.-:04-19-EP/21, de 21 de julio de 2021, 25.

<sup>90</sup> *Ibíd.*

<sup>91</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.-:240-18-SEP-CC, de 04 de julio de 2018, 7.

delitos, entre ellos el de estafa.

En el procedimiento como tal, el artículo 665 del COIP, a partir del numeral 4to, desarrolla el procedimiento que se debe aplicar cuando se ha requerido por la víctima y victimario el pedido de conciliación. Podemos evidenciar un procedimiento sencillo, en el que los jueces y fiscales han aceptado su rol dentro del mismo, esto es, conceder a las partes el ejercicio penal para que éste sea resuelto conforme a sus intereses, siempre bajo el control de legalidad y constitucionalidad al que está obligado de aplicar el Juez.

Ciertos Jueces consideran que el requerimiento de conciliación debe presentarse hasta el último día de instrucción fiscal, caso contrario habría precluido el plazo, sin embargo, el común de los jueces permite que el pedido pueda ser presentado hasta en la propia audiencia preparatoria de juicio, realizando una interpretación pro víctima y reo.

A manera de conclusión, el delito de estafa no sería admisible para ser solucionado mediante un mecanismo alternativo de solución de conflictos, la propia ley especial ha limitado esta herramienta a pocos delitos, la pregunta que nos hacemos es si era necesario aumentar la sanción al delito de estafa, se cumplió con el fin deseado, que no haya más estafadores entre la sociedad, o quizás se establecieron trabas al aparato judicial, insisto, a los fiscales no les ha quedado otra opción que abstenerse de la persecución penal sin tener la certeza de la resolución del Juez, toda vez que la interpretación de algún Juez despistado, podría ser llamar la atención a fiscalía por tener elementos y no acusar.

### **3.3. La víctima**

La posición de la víctima dentro del proceso penal ha sido cambiante, pues no siempre tuvo el rol protagónico que actualmente se le ha reconocido en convenciones y normas constitucionales, pues en muchos casos se lo ha considerado como un testigo del hecho y ha sido relegado a esperar la reparación material y no más. Pasemos a ver un poco su historia.

En Europa, hasta mediados del siglo XV, los pueblos germánicos reconocían un derecho penal fundado en un sistema de acción privada y en la composición, en el que la víctima ocupaba un plano sobresaliente en el que el proceso penal tenía como finalidad retrotraer el acto al *statu quo ante* o cuando menos la compensación del daño sufrido, hasta que aparece la inquisición que excluyó a la víctima en su rol protagónico y el proceso penal se transformó en el instrumento del ejercicio penal estatal mediante el cual se purgan los

pecados de los súbditos<sup>92</sup>, “Ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o cuando menos, la compensación del daño sufrido, aparecía la pena estatal como mecanismo de control de las personas por el poder político central, como instrumento de coacción, en manos del Estado.”<sup>93</sup>

El sistema de la inquisición toma fuerza y es practicado a partir del siglo XVIII especialmente en los gobiernos de monarquías absolutas en donde la idea del pecado y la obligación del Estado de limpiar el alma llega a su esplendor, en donde se desplaza el sufrimiento a un sujeto como víctima, y pasa a catalogarse una ofensa a Dios, al Rey y al Estado.<sup>94</sup>

Con el ejercicio del poder penal en manos del Estado, se nombra un procurador quien era el encargado de investigar todos los hechos para encontrar la verdad histórica o material, colocando al investigado como un objeto y no como un sujeto, y desplazan completamente a la víctima dentro del proceso, el fin del sistema no era la restitución del daño, sino castigar al agresor: justicia retributiva.

Los argumentos para separar a la víctima del proceso penal eran dos: por una parte, el interés social basado en el contrato que tiene el Estado con sus ciudadanos, así como, evitar las venganzas privadas desproporcionadas contra los victimarios. El objetivo que tenía el Estado de conservar la paz social y el restablecimiento del orden cuando había sido vulnerado quedó a un lado por el beneficio del poder estatal para controlar ciertos comportamientos de individuos antisociales en contra de quienes se infligió crueles e innecesarias sanciones, excluyendo a la víctima y restringiendo en sus derechos.

El poder y ejercicio penal público, resultó insuficiente para satisfacer los fines del derecho penal, generando transformaciones en el marco internacional y nacional, conforme lo exige la sociedad. En este sentido se crearon varias novedades jurídicas que permitieron el retorno de la víctima al proceso penal desde un rol más activo y protagónico, tales como: la reparación del daño, mayor participación de la víctima dentro del procedimiento penal, derechos reconocidos a la víctima independientemente de su participación dentro del proceso.<sup>95</sup>

Lo cierto es que después de varios siglos de exclusión y olvido, la víctima aparece en la actualidad por diversas razones que han permitido su desarrollo activo dentro del

---

<sup>92</sup> Alberto Bovino, “La participación de la víctima en el procedimiento penal”, en *Derecho, procesal penal y victimología*, dir. Luis Miguel Reyna (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003), 413.

<sup>93</sup> *Ibíd.*

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> *Ibíd.*, 419.



proceso penal, identificando claramente a dos. Los crímenes violentos han sido usados como aspecto fundamental en las campañas políticas generando la creación de movimientos y organizaciones que exigen reconocimiento por haber sido discriminados por algún estereotipo o condición. Un segundo elemento es el empoderamiento de las víctimas, quienes han incrementado su participación en público o en redes sociales ganando influencia en la política criminal así como generando conmoción social.<sup>96</sup>

Ya en la actualidad, diversas son las normas que el procedimiento penal ha incorporado para el reconocimiento de los derechos de las víctimas, tales como: i.- la reparación del daño; ii.- mayores derechos de participación en el procedimiento penal; iii.- nuevos derechos reconocidos a las víctimas.

Con la infracción penal nacen dos posturas claras para la víctima, como sujeto activo que persigue la sanción penal y se satisfaga con el encierro del delincuente, y la segunda y muy a menudo es el resarcimiento del daño causado o el retorno al *estatus quo*, para aquello, hay que diferenciar al bien jurídico lesionado para analizar el objetivo trazado por la víctima, lo cierto es que, mayoritariamente las víctimas de delitos contra la propiedad buscan la reparación del daño sufrido, que en estas infracciones, son tangibles y determinables, incluso hasta con intereses de ser el caso.

La vía directa para otorgar mayores derechos de participación a la víctima dentro de los procesos penales sería ampliar el catálogo de infracciones perseguibles mediante la acción privada, sin embargo, el poder estatal ha establecido límites a esta propuesta. imaginémosnos que los delitos de abuso de confianza, estafa, extorsión -cuando no implique una amenaza contra la vida-, apropiación fraudulenta por medios electrónicos, etc., se ejerzan mediante querrela, y consecuentemente pueda extinguirse la acción penal privada mediante la conciliación, de tal manera que la víctima tenga un rol protagónico y no esté sujeto a la voluntad resolutoria del fiscal, se podría materializar el principio de ultima ratio, así como, el principio de mínima intervención penal, descongestionando los despachos fiscales y que se promuevan investigaciones más profundas en delitos atroces o contra la corrupción, que tanta falta hacen.

Además, han tomado fuerza nuevos mecanismos de protección a las víctimas, uno de los más importantes es la brindada por las organizaciones sin fines de lucro que de manera organizada promueven el respaldo y acompañamiento a las víctimas en los

---

<sup>96</sup> Tatjana Hornle, “Distribución de la pena: el papel desde una perspectiva de la víctima”, en *Derecho, procesal penal y victimología*, dir. Luis Miguel Reyna (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003), 110.

procedimientos penales. También, instituciones como la Defensoría Pública han creado departamentos especializados en protección a víctimas, posicionándose como una herramienta eficaz que vele por los derechos de las víctimas, permitiendo un acompañamiento en todas las diligencias convocadas, tales como, el testimonio anticipado, versiones, identificación de sospechosos a más de las audiencias jurisdiccionales.

Conceptualmente, el profesor Santiago Mir Puig, en su obra *Derecho Penal*, describe el concepto y características de la víctima, refiriéndose que el sujeto pasivo es el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, sin embargo aclara que no en todos los tipos penales el sujeto pasivo coincide con el sujeto sobre el que recae la conducta. Ejemplifica que en los delitos de estafa, se puede engañar al encargado de una joyería pero el perjudicado en el bien jurídico de la propiedad será el dueño y no el encargado.<sup>97</sup>

Además, determina la diferencia entre la víctima y perjudicado, indicando que tampoco es un requisito que coincidan o recaiga esta condición sobre la misma persona, pues en el delito de homicidio, los perjudicados son los familiares de la víctima siendo este último, únicamente, el sujeto pasivo.<sup>98</sup>

En el ámbito normativo, los derechos de la víctima se encuentran reconocidos en la Constitución del Ecuador, así como, en los tratados internacionales por haber sido reconocidos por el país, y en el Código Orgánico Integral Penal, el cual está en armonía con las normas jerárquicamente superiores conforme lo determina el artículo 424 de la norma constitucional.

El reconocimiento constitucional de los derechos de las víctimas en el Ecuador tuvo que esperar hasta la Constitución del 2008 para tener un rol protagónico dentro de los procesos penales, pasaron de ser un objeto en el proceso o un instrumento del Estado a ser el sujeto pasivo, titular del bien jurídico lesionado y a gozar de una protección especial, el artículo 78 de la CRE manifiesta que:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

---

<sup>97</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, (Buenos Aires: Editorial B de F, 2005), 224.

<sup>98</sup> *Ibíd.*

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.<sup>99</sup>

De la redacción del artículo 78, podemos evidenciar que la propia constitución recoge los derechos básicos que se han estandarizado en favor de las víctimas, como la no revictimización, y sobre todo el derecho a la justicia, que no termina con la reparación del daño, sino que contiene el derecho a conocer la verdad de los hechos, a una no repetición y en fin a recibir por parte del Estado una respuesta por el bien jurídico lesionado, simplificado en el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el marco del derecho internacional, con la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder,<sup>100</sup> se determina que víctima, es aquella que ha sufrido daños físicos, psicológicos, económicos o alguna afectación sustancial a los derechos fundamentales, como consecuencia de una acción u omisión descrita como prohibida en el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, se amplía el alcance de víctima, considerándose como víctima a la persona sobre la que recae la afectación al bien jurídico, así como a sus familiares incluyendo el concepto de víctimas directas e indirectas por su condición.

Se precisan algunos derechos de las víctimas, sin ser taxativos, como el acceso a la justicia sin restricciones discriminatorias, la reparación del daño, así como el derecho de acceder a mecanismos judiciales expeditos que le permitan obtener una reparación rápida del daño sufrido.

Lo cierto es que mediante la referida Declaración se generan bases normativas fundamentales para que los estados partes impulsen el nuevo rol de las víctimas dentro de los procesos penales, pasando de ser un mero instrumento del sistema penal, a un sujeto dotado de derechos procesales que le garanticen la seguridad jurídica que se merece.

El Código Orgánico Integral Penal, siguiendo la línea convencional y constitucional, reconoce como nunca antes los derechos de la víctima, permitiendo reafirmar que dejó de ser un instrumento del procedimiento a ser un sujeto que tiene un rol importante en el mismo, a tal punto que, al aplicar la conciliación, la víctima es quien propone las condiciones o el acuerdo jurídico para llevarla a cabo.

---

<sup>99</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 78.

<sup>100</sup> Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 por Resolución 40/34.

Dentro del delito de estafa, a la víctima le corresponde justificar el valor del perjuicio, y bajo ese elemento plantear una conciliación y reparación material del daño, no obstante, se ve limitado por los requisitos de admisibilidad, de manera particular por el impedimento de conciliar en el delito de estafa por superar los 5 años de prisión.

#### **4. Enfoque de la justicia restaurativa en el neoconstitucionalismo andino**

Las constituciones de América Latina, incluida la de Ecuador, durante muchos años establecieron como línea constitucional las tendencias y triunfos conseguidos por Europa occidental, pero erróneamente se ha considerado que la realidad europea pueda ser aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, ya que sus objetivos siempre han sido distintos a nuestras luchas sociales, culturales y sobre todo, a la de los pueblos y nacionalidades indígenas, nuestros procesos devienen de la colonización, y de la convivencia de plurinacionalidades dentro de un mismo territorio.<sup>101</sup>

En el derecho interno, esa importación de leyes de los países periféricos, buscó establecer la unificación de las normas y, que éstas sean ejecutadas por el Estado, constituyéndose en un monismo jurídico, esta suerte de unificación de normas recayó sobre la diversidad de materias, de manera particular sobre las leyes penales, que tienen como objetivo la protección de los intereses burgueses.<sup>102</sup>

Pese a la gran influencia de la normativa extranjera, Ecuador es uno de los primeros países en América Latina que reconoció constitucionalmente el derecho a la justicia indígena,<sup>103</sup> pero fue a partir de la Constitución del 2008 que se realiza un gran cambio de paradigma constitucional, en el que se estableció, que los derechos son iguales ante la ley, y donde el derecho indígena es reconocido como parte esencial del neoconstitucionalismo andino.

Además, se reconoció que los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes,<sup>104</sup> pero quizás uno de los reconocimientos más importantes, es el valor que se le otorga a los derechos, en donde las instituciones públicas

---

<sup>101</sup> Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el derecho en la constitución del 2008* (Quito: Editorial Abya Yala, 2011), 123.

<sup>102</sup> Carlos Vaca, *Derecho penal y multiculturalidad: La justicia indígena en el estado constitucional ecuatoriano* (Quito: Grupo Editorial ONI, 2016), 13.

<sup>103</sup> Enrique Ayala, "El derecho ecuatoriano y el aporte indígena", en *Justicia Indígena aportes para un debate*, compilador Judith Salgado (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2002), 105.

<sup>104</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.

y las privadas, están sometidas a los derechos, por ser considerado una creación y reivindicación histórica de la sociedad.

Este reconocimiento jerárquico de los derechos se relaciona directamente con el pluralismo jurídico, por cuanto, se garantiza que las “comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia”<sup>105</sup>, la ley, no es más la única fuente del derecho, éste se genera a través de sentencias nacionales e internacionales, políticas públicas, entre otros que coadyuven a la progresividad de los derechos humanos, y de manera particular, reconozcan la validez formal y legal de la justicia ancestral que deviene prioritariamente de la justicia indígena.

Esta nueva visión de derechos cercanos a nuestra realidad andina, responden al “reconocimiento de profundos problemas sociales que tienen que ver con carencias y necesidades insatisfechas, que afectan el desarrollo de las potencialidades de las personas y los pueblos”<sup>106</sup> que han sido excluidos durante toda la vida republicana del Estado, así como, responden a “las luchas y reivindicaciones de organizaciones y movimientos de la sociedad”<sup>107</sup>, de manera particular las lideradas por los pueblos ancestrales.

Entonces, podemos decir que a partir del 2008, los derechos de las personas son finalmente reconocidos como límites al Estado y el vínculo que tienen en común, condicionando su control y ejercicio a su real funcionamiento, a las necesidades sociales y culturales, los cuales deben generarse a través del diálogo entre gobernantes y ciudadanos, sobre todos, con la participación de los oprimidos, excluidos y todos quienes siempre se mantuvieron en silencio.

Paúl Córdova, refiere que el “derecho debe ser el resultado de una conversación inclusiva, siempre abierta, extendida en el tiempo”<sup>108</sup>, lo que busca el diálogo es entender la realidad social y cultural como la igualdad, el derecho a la paz, y el derecho al buen vivir, permitiendo que los conflictos sociales puedan ser resueltos en base a distintas normas, concluye que la clave sería el diálogo intercultural y deliberativo.<sup>109</sup>

Además, Córdova manifiesta que “El cambio de la cultura jurídica para comprender el Derecho de los oprimidos involucra indagar las opciones transformadoras

---

<sup>105</sup> Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el derecho en la constitución del 2008* (Quito: Editorial Abya Yala, 2011), 123.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, 69.

<sup>107</sup> *Ibíd.*

<sup>108</sup> Córdova, *Justicia dialógica para la última palabra, por una argumentación deliberativa entre los Jueces, la ciudadanía, y las Cortes*, 2.

<sup>109</sup> *Ibíd.*

en aspectos como el pluralismo desde el sentir de los pueblos y nacionalidades indígenas y otros pueblos”<sup>110</sup>.

Ramiro Ávila, considera que el Estado debe buscar y establecer condiciones que permitan materializar los derechos dentro de un sistema neoconstitucional, basados en varios presupuestos reales que deben alcanzar el carácter normativo: 1) dialogar con los movimientos sociales y culturales para aprender las propuestas a los problemas; 2) establecer nuevas formas de política hegemónicas y culturales de organización, como la democracia comunitaria.<sup>111</sup>

Entonces, en el estado neoconstitucional andino, se realiza un análisis crítico y se reflexiona acerca del monismo jurídico como única y real opción jurídica y política, en el que solo existe un sistema normativo jerárquico dentro de un Estado, se considera que los derechos fundamentales no pueden reconocerse de manera taxativa, sin conversar con las estructuras de los pueblos y nacionalidades. Ecuador, en el 2008 va más allá del análisis y establece finalmente una transformación jurídica normativa andina: pluralismo jurídico.

Bajo esta nueva estructura jurídica, se busca construir un estado real, que atienda las necesidades de la región y de manera particular las costumbres ancestrales de sus pueblos, hecho que se plasmó en el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, reconociéndonos como un estado democrático, intercultural, plurinacional,<sup>112</sup> sin excluir los derechos de la dignidad de las personas, comunidades pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para el pleno reconocimiento y ejercicio.<sup>113</sup>

El reconocimiento como estado plurinacional, trajo consigo la garantía de que los pueblos y nacionalidades, dentro de sus territorios, desarrollen sus propias formas de convivencia, organización social y ejercicio de autoridad.<sup>114</sup>

La nacionalidad no estaría vinculada al estado sino al espacio donde se desarrolla uno o varios pueblos, (en el sentido de nacionalidad cultural), La nacionalidad, viene de nacer y tiene un territorio que incluye no solamente el espacio físico, sino también el agua, la naturaleza, la vida y biodiversidad. En este sentido existirían tantas nacionalidades cuantas naciones existen dentro de un estado. En la plurinacionalidad, las personas

---

<sup>110</sup> Córdova, *Justicia dialógica para la última palabra, por una argumentación deliberativa entre los Jueces, la ciudadanía, y las Cortes*, 2.

<sup>111</sup> Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el derecho en la constitución del 2008* (Quito: Editorial Abya Yala, 201), 79-80.

<sup>112</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

<sup>113</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, art. 57, numeral 9.

podrían tener más de una nacionalidad. Por lo que, en Ecuador un indígena sería kichua y ecuatoriano a la vez.<sup>115</sup>

Entonces, un estado como el ecuatoriano, al reconocer varias nacionalidades como parte del Estado unitario, acepta que desde las diferentes nacionalidades se generen diálogos para establecer procedimientos de solución de los conflictos, es decir, se reconocen distintas fuentes normativas que se suman al conjunto de normas nacionales.

Ahora bien, reconociendo que somos parte de un Estado plurinacional, se debe analizar de qué manera confluyen los distintos sistemas jurídicos, a este fenómeno se lo conoce como pluralismo jurídico.

Diversos autores han estudiado el pluralismo jurídico, y desde la década de 1980 se ha debatido acerca del concepto y la finalidad del mismo, entender que Estado y sociedad mantienen un vínculo, que se construye en base a nuevos conceptos sobre el derecho del mundo posmoderno.<sup>116</sup>

Como pluralismo jurídico, entendemos a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un Estado y sociedad, que se distancia y cuestiona al sistema tradicional central europeo, el cual se caracteriza por único y que recae en el gobierno como ente rector y administrador, posición que se encuentra desde la colonización.<sup>117</sup>

López Cuellar, define al pluralismo jurídico como aquella multiplicidad de órdenes jurídicas que pueden resolver un mismo asunto con identidad subjetiva y objetiva, que coexisten dentro de un mismo Estado.<sup>118</sup>

Paúl Córdova, sostiene que el pluralismo jurídico interactúa con distintos derechos dentro de un mismo espacio Estado, entiéndase, espacio territorial, en el que confluyen sistemas coloniales y poscoloniales.<sup>119</sup>

En el contexto nacional, la Corte Constitucional del Ecuador, dentro de la sentencia que mayor representatividad ha tenido en el marco de la justicia indígena, y que determinó la línea de competencia y reconocimiento de derechos de sus autoridades, conceptualiza al pluralismo jurídico de la siguiente manera:

---

<sup>115</sup> Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador, El Estado y el derecho en la constitución del 2008* (Quito: Editorial Abya Yala, 201), 79-80.

<sup>116</sup> Bonaventura de Sousa, *Descolonizar el saber, reinventar el poder* (Montevideo: Ediciones Trilce-Extensión, 2010), 25.

<sup>117</sup> Elisa Cruz Rueda, "Principios Generales del Derecho Indígena"; en Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en Juicio No.- 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014, 53.

<sup>118</sup> Nelcy López Cuellar, *Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo* (Bogotá: Editorial universitaria del Rosario, 2016), 12.

<sup>119</sup> Paúl Córdova, *Justicia dialógica para la última palabra, por una argumentación deliberativa entre los Jueces, la ciudadanía, y las Cortes* (Quito: CEP, 2017), preludio.

El pluralismo jurídico representa la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado. La presencia de varios sistemas jurídicos plantea la existencia de normas sustantivas y adjetivas de diverso origen que demandan su obediencia y aplicación en un mismo territorio. En consecuencia, el pluralismo jurídico pone en cuestión el monopolio de las instituciones estatales como las únicas autorizadas a crear derecho y a juzgar en derecho, y reconoce taxativamente otras fuentes creadoras de derecho y otras autoridades jurisdiccionales encargadas de su aplicación.<sup>120</sup>

En este sentido, el pluralismo jurídico, permite la coexistencia del derecho nacional, importado desde Europa, con el sistema jurídico de los pueblos y nacionalidades del Ecuador, cambiando el origen de producción de las normas, y resolviendo el conflicto de competencias dentro del territorio nacional.

Pero esta diversidad de cuerpos normativos, escritos y no escritos -ancestrales-, no necesariamente son concordantes dentro del Estado, John Griffiths, refiere que la diversidad de normas generalmente se sobreponen, causando conflictos entre sistemas normativos completamente válidos.<sup>121</sup>

Pues al momento de aplicar varias fuentes normativas se pueden generar conflictos de competencia, y es lo que sucedió en Ecuador, cuando se resolvió la situación jurídica en el caso La Cocha, donde los sospechosos fueron sancionados mediante las normas ancestrales y posteriormente fueron procesados bajo la justicia ordinaria, pues no sorprende que al no existir una línea jurisprudencial, la interpretación derive en vulneraciones constitucionales. (Non bis in ídem)

Este conflicto de normas, se ha ido dilucidando mediante el reconocimiento que se establece en la Constitución del Ecuador, pues el artículo 57 numeral 10, garantiza que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueden crear, desarrollar, y sobre todo aplicar y practicar su derecho ancestral o consuetudinario, dentro del marco constitucional siempre que no vulnere los derechos de los particulares.<sup>122</sup> El artículo 171 de la Constitución del 2008, establece un doble reconocimiento y garantía del ejercicio del derecho indígena, determinando que:

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las

---

<sup>120</sup> Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en Juicio No.- 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014, 53.

<sup>121</sup> Jhon Griffiths, *Pluralismo jurídico e interlegalidad*, compilador Armando Guevara Gil, (Lima: Centro de Investigación y capacitación, 2014), 92. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Pluralismo%20juridico%20e%20interlegalidad%20Textos%20esenciales.pdf>

<sup>122</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 57.



mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Lo dispuesto en el artículo 171 de la Constitución tiene relación normativa con lo determinado en el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como en el artículo 9 y 10 del Convenio de la OIT, que en su parte pertinente establecen:

Art. 343, COFJ.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres<sup>123</sup>.

Art. 9 del Convenio 169 de la OIT.- En la medida en que ello sea posible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionales reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus propios miembros.

Art. 10.- Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Ahora bien, la justicia indígena está garantizada constitucional y legalmente como se ha evidenciado, pero el reto de contar con un Estado plurinacional e intercultural no es nada fácil, ya que inevitablemente conlleva a vivir en un pluralismo jurídico, en el que intervienen varias fuentes de derecho, las cuales son válidas y legítimas, por un lado la del Estado, y por otro, una nueva concepción de ver el derecho que tiene infinidad de formas de solucionar los conflictos, así como distintas maneras de concebir a las instituciones, como dice Ramiro Ávila, es el inicio de un mundo diverso para descubrir y sobre todo para aprender<sup>124</sup> del derecho posmoderno, el cual debemos empezar a hacerlo.

Una vez que hemos analizado los derechos de los ciudadanos con sus diferentes nacionalidades reconocidas dentro de un sistema neoconstitucional andino como el aplicado en Ecuador, y aceptando que el Estado es plurinacional y ejerce un pluralismo jurídico, en el cual se debe reconocer los procedimientos judiciales ancestrales, pasamos

---

<sup>123</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, art. 343.

<sup>124</sup> Ramiro Ávila, *En defensa del neoconstitucionalismo andino*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2014), 232.

a analizar si la justicia restaurativa está considerada como instrumento de solución de los conflictos dentro de la justicia andina.

#### **4.1. La conciliación como rehabilitación social del infractor dentro del derecho indígena**

Como hemos analizado, la Constitución del Ecuador, reconoce a los pueblos y nacionalidades indígenas el derecho de crear, desarrollar y, sobre todo la autoridad que tienen para aplicar y practicar su derecho ancestral o consuetudinario, dentro del marco constitucional y siempre que no vulnere los derechos de los particulares.

Identificar qué sanciones pueden aplicarse como medio de castigo por haber cometido una infracción dentro de la comunidad, no es nada fácil, va a depender de distintas variantes, el grado de lesividad a la víctima, la afectación a un determinado bien jurídico -contra la propiedad, integridad personal, la vida u otro-, el autor y participante de la infracción, pues, recordemos que es un derecho ancestral y no escrito.

Lo que sí está claro es el procedimiento que se realiza previo a establecer la sanción, el cual inicia con la denuncia o requerimiento de intervención en la solución del conflicto, por cuanto la justicia indígena no se activa de oficio, es decir, necesariamente se tiene identificado a la víctima y al investigado previo al inicio del procedimiento. La denuncia deriva en la aceptación de someterse y aceptar la resolución de las autoridades que resolverán en conjunto con la comunidad.<sup>125</sup>

Es necesario entender que dentro de la justicia indígena, de manera particular en la comunidad Kichwa, existen tres niveles o etapas para resolver los conflictos de la comunidad, que son: la familia, las autoridades, y finalmente la Asamblea General, que conoce el procedimiento de denuncia y juzgamiento.<sup>126</sup>

Ahora bien, una vez que se realiza el procedimiento y que la Asamblea General debe resolver mediante el juzgamiento para determinar la inocencia o culpabilidad del acusado, se podrá establecer la solución o reparación a la víctima de ser el caso, así como determinar las condiciones para sanar al agresor, pues la finalidad de la pena en la justicia indígena, dista mucha de la ordinaria.

---

<sup>125</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.- 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014, 17.

<sup>126</sup> Carlos Vaca, *Derecho penal y multiculturalidad: La justicia indígena en el estado constitucional ecuatoriano* (Quito: Grupo Editorial ONI, 2016), 105.

La sentencia del caso La Cocha, hace un análisis del procedimiento de juzgamiento, donde la Asamblea General, como máxima autoridad, es la que resuelve la denuncia, identifica a los autores de la infracción, y determina las medidas reparatorias,<sup>127</sup> como advertimos, no se hace referencia a que se le imponga una pena privativa de la libertad, al contrario, las sanciones van relacionadas siempre a tratar de resarcir el daño y la real sanación o resocialización del infractor, de tal manera que la sanción, per se, es un instrumento para rehabilitar al agresor.

Ávila refiere que, la justicia indígena es parte de lo que se conoce como justicia restaurativa. La justicia restauradora es una forma de resolver los conflictos sociales, que tiene una base comunitaria, concibe a la víctima y al victimario como miembros de la comunidad, considera al delito como un problema que rompe la armonía comunitaria, que se tiene que afrontar y resolver, utilizando la vergüenza como herramienta de prevención del delito.<sup>128</sup>

Al considerarse al victimario o agresor como miembro de la comunidad y no únicamente como el responsable del delito y el instrumento para cumplir con la finalidad de la pena: el encierro y aislamiento del agresor, se le permite que la vida de la persona y de la comunidad continúe dentro de un entorno comunitario, en el cual la comunidad está en la obligación de ayudar a sanar al victimario.

Rupert Rose, da a conocer las diferencias entre la justicia indígena y la ordinaria, y sostiene que “La justicia indígena es netamente restaurativa, mientras que la justicia ordinaria es adversarial, y son diametralmente opuestas. La justicia indígena se enfoca en la vida de las personas y la comunidad. Considera al victimario como miembro de la comunidad que necesita ayuda.”<sup>129</sup>

Este tipo de resoluciones que están direccionadas a la búsqueda de la paz y equidad de la comunidad, son posibles por cuanto los conflictos se resuelven entre iguales, principio fundamental de las comunidades, por ello, es la Asamblea General, es decir todos quienes toman la decisión del caso, de tal manera que si es errónea, será un error de todos y no de unos.

Además, busca la rehabilitación, reinserción y resocialización del infractor, considerando que el tiempo de privación de la libertad debe incidir para que el victimario

---

<sup>127</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.- 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014, 17.

<sup>128</sup> Ramiro Ávila, *En defensa del neoconstitucionalismo andino*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2014), 163.

<sup>129</sup> Rupert Rose, “Dancing With a Ghost”, en *Defensa del neoconstitucionalismo andino* (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2014), 163.

cambie y salga siendo una persona de bien, que se pueda transformar la personalidad, en lo moral, psicológico, laboral y educativo<sup>130</sup>.

Lo cierto es que ni la rehabilitación, ni la reeducación, ni la reinserción se logran con el aislamiento del agresor, los centros de privación de libertad lo que hacen es empeorar al delincuente, como refiere Zaffaroni, “La prisionización no puede mejorar a nadie”<sup>131</sup>. Sobre las finalidades que las comunidades indígenas buscan mediante la aplicación de la justicia, están:

- 1.- El restablecimiento de la paz, a través del diálogo y del encuentro de arreglos.
- 2.- La corrección de los infractores y su plena reinserción en la vida comunitaria, mediante la cual, las autoridades intentan que el infractor rectifique su conducta, se comprometa a no volver hacerlo y a pedir disculpas.
- 3.- La reparación del mal causado, que puede ser con el resarcimiento del monto cuantificable al daño.<sup>132</sup>

Finalmente se concluye que los procesos en la administración de la justicia indígena están repletos de rasgos de mediación y conciliación, y a través de las sanciones que se imponen, se trata de alcanzar la purificación del individuo, su rehabilitación y reincorporación a la comunidad,<sup>133</sup> mediante el cual no se busca una sanción en contra de la persona, sino que influya en los demás miembros de la comunidad, que cumpla una labor disuasiva, reparadora, para evitar que los miembros de la comunidad cometan cualquier tipo de infracciones y sobre todo que permita el equilibrio de la comunidad y el buen vivir.<sup>134</sup>

#### **4.2. La reparación a la víctima como miembro de la comunidad**

La Constitución del Ecuador, en el artículo 190 determina que se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para poder solucionar los conflictos, y estos mecanismos son la primera opción jurídica aplicada dentro del derecho indígena, por cuanto los pueblos y nacionalidades han desarrollado sus procedimientos

---

<sup>130</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal, Parte General*, Tomo III (Quito: Editora Cevallos, 2020), 159.

<sup>131</sup> Eugenio Zaffaroni, *Manual de derecho penal, Parte General*, Segunda Edición (Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2006), 46.

<sup>132</sup> Carlos Vaca, *Derecho penal y multiculturalidad: La justicia indígena en el estado constitucional ecuatoriano* (Quito: Grupo Editorial ONI, 2016), 108.

<sup>133</sup> Ximena Ortíz, *Justicia Indígena aportes para un debate*, compiladora Judith Salgado (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2002), 9.

<sup>134</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.- 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014), 18.

para obtener la paz y la armonía de la comunidad, así como la seguridad de no repetición y reparación a la víctima de la infracción.

Pamela Santa Cruz, sostiene que “Las normas y reglas de la justicia indígena son normas de costumbre que van creando precedentes por la repetición y por la práctica cotidiana. En cuanto a las sanciones, éstas tienen como finalidad la reparación del daño y el retorno a la armonía en la comunidad”, el único límite establecido para la reparación será el respeto a los derechos fundamentales, así como, al principio de proporcionalidad.<sup>135</sup>

Ramiro Ávila, señala que la víctima dentro de una cosmovisión indígena se siente sumamente protegida por las autoridades comunitarias, porque las comunidades comunitarias lo que tratan es la reparación a la víctima.<sup>136</sup>

A diferencia de la justicia ordinaria donde la víctima es considerada como un elemento probatorio esencial para la teoría fiscal, y en otros no tanto, además que la propia ley permite que la víctima, cuando así lo considere, pueda alejarse del desarrollo procesal, ratificando que el derecho penal no es de última ratio, por cuanto Fiscalía de oficio continúa el proceso con un solo fin: sancionar al infractor, en la justicia indígena, la víctima es parte del procedimiento no como un objeto procesal, sino como parte necesaria del juzgamiento.

Boaventura de Sousa, considera que “La reparación consiste en un tipo de relación en el cual la justicia políticamente dominante (la justicia ordinaria) reconoce la justicia subalterna (justicia indígena) y le otorga alguna dignidad a título de reparación por el modo como la justicia subalterna fue ignorada o reprimida en el pasado”<sup>137</sup>.

Además, reflexiona sobre tres presupuestos que diferencian a la justicia indígena con la justicia ordinaria referentes a las bondades que otorga la justicia comunitaria: 1.- Que el Estado no interviene en los conflictos menores que pueden ser resueltos entre familias o por las autoridades, 2.- Que las víctimas y las comunidades tienen la capacidad de resolver conflictos, que el método y el procedimiento de resolución de sus conflictos es la conciliación y 3.- Que el encierro no es considerado como una pena útil y que la mejor reacción ante las infracciones más graves (penales) es la reparación.

---

<sup>135</sup> Pamela Nicole Santa Cruz Melgarejo, "El acceso a la justicia de las mujeres quechuas víctimas de violencia de género que no acceden a Políticas Sociales en el Municipio de Arani, Estado Plurinacional de Bolivia", (Tesis de Maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Argentina, 2019), 88, <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/15568/2/TFLACSO-2019PNSCM.pdf>.

<sup>136</sup> Ramiro Ávila, *En defensa del neoconstitucionalismo andino* (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2014), 170.

<sup>137</sup> Boaventura de Sousa, *La justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2012), 36.

Respecto al segundo presupuesto válido para nuestro análisis, considero que dentro de la justicia indígena están relacionadas la conciliación, en la cual participa la víctima para la búsqueda de la reparación, y la purificación o sanación, desde dos posturas, la primera la rehabilitación del agresor, y la segunda, el conocimiento de la verdad de la víctima y la integración en la comunidad, una integración pacífica, recordemos que en la convivencia social no comunitaria, lo normal es obtener medidas de protección en contra del victimario, la inseguridad queda latente, al contrario, en la justicia indígena, la confrontación armónica o careo entre víctima y victimario es un mecanismo de reparación, el cual se realiza sobre los principios de voluntariedad y honestidad.

En el contexto nacional, la Corte Constitucional en la sentencia La Cocha, luego del análisis a los aportes de los diferentes especialistas en el tema de justicia indígena, concluye que “La justicia indígena es esencialmente conciliatoria y reparatoria; no tiene como fin juzgar el delito como tal, ni irse en contra de la persona que ha cometido una infracción; lo que busca es la solución del problema y la restauración del equilibrio en la comunidad para evitar que esta estructura se vea amenazada”<sup>138</sup>.

Finalmente, Paúl Córdova Vinueza, considera que el cambio de la cultura jurídica para entender el derecho de todos los ciudadanos, privilegiados y oprimidos, radica en indagar las opciones transformadoras que trae consigo el pluralismo jurídico, las cuales tienen como origen los conocimientos ancestrales de los pueblos y nacionalidades indígenas, de quienes tenemos mucho por aprender y entender,<sup>139</sup> entendiendo que a partir de la diversidad de normas que confluyen en un Estado, podremos crear y establecer líneas normativas que garanticen una reparación a las víctimas, tratamiento similar a las establecidas dentro de las nacionalidades indígenas.

---

<sup>138</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.- 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014), 18. 24.

<sup>139</sup> Paúl Córdova, *Justicia dialógica para la última palabra, por una argumentación deliberativa entre los Jueces, la ciudadanía, y las Cortes* (Quito: CEP, 2017), 6.

## Capítulo segundo

### El principio de proporcionalidad y su vinculación con el delito de estafa en la realidad ecuatoriana

En Ecuador, todas las leyes tienen la obligación de adecuar formal y materialmente sus normas y procedimientos con la Constitución, esta garantía no es un mero enunciado de libre cumplimiento, pues así lo dispone el artículo 424 de la CRE, al posicionarse como la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, determinando con total firmeza que toda ley o acto del poder público carece de eficacia jurídica si colisiona con las disposiciones constitucionales.<sup>140</sup>

Para la elaboración de las leyes, éstas deben ser aprobadas por el órgano competente que las legitime,<sup>141</sup> pero la legitimidad no es el único requisito que deben cumplir, también se exige que sean válidas,<sup>142</sup> es decir, se requiere que sus fines sean cumplidos con eficacia, de tal manera que una vez promulgadas, si llega a evidenciarse que son contrarias a los objetivos planteados pueden ser revisadas en cualquier momento a través del control constitucional, ésta es la protección que se le brinda a las normas dentro de un Estado constitucional y un sistema garantista.<sup>143</sup>

Ramiro Ávila determina que los legisladores tienen una doble finalidad al momento de aprobar una ley, por un lado garantizar el ejercicio de los bienes jurídicos mediante leyes penales, y por otro, establecer un procedimiento justo basado en derechos humanos y en algunos principios básicos; tales como, “el principio de proporcionalidad,

---

<sup>140</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.424

<sup>141</sup> Ecuador, Ley Orgánica de la Función Legislativa, Registro Oficial Suplemento 642, de 27 de julio de 2009, art. 9 numeral 6.

<sup>142</sup> Al respecto, Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, (Madrid 1995) pág. 355: manifiesta: “Ahora bien, esta concepción exclusivamente formal de la validez ciertamente resulta adecuada si se refiere a ordenamientos jurídicos de estructura elemental en los que el legislador es *legibus solutus*, de manera que cualquier norma emanada por los sujetos y en las formas queridos por él es una norma válida. Por el contrario, resulta totalmente insuficiente en los modernos estados constitucionales de derecho, en los que la validez de las normas -así de las leyes como de los reglamentos, sentencias y actos administrativos- reside en su conformidad no sólo formal sino también sustancial con normas de rango superior, que no sólo regulan las formas sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo. En estos ordenamientos la validez no depende sólo de los aspectos formales de la producción normativa que permiten afirmar el «ser» o la existencia de las normas; depende igualmente del significado de los enunciados normativos producidos, y más exactamente de la valoración de la conformidad de su contenido con el «deber ser» jurídico establecido por normas superiores”

<sup>143</sup> Jorge Zavala, *Apuntes sobre Neoconstitucionalismo* (Guayaquil: 2009), 35.

el principio de necesidad, el principio de igualdad, el principio de libre desarrollo de la personalidad, el principio de lesividad, el principio de excepcionalidad, entre otros”<sup>144</sup> que protejan al sospechoso, procesado o sentenciado.

Toda norma y en especial la ley penal, por la importancia del bien jurídico que está en riesgo, como el derecho a la libertad, tiene la obligación de cumplir con las categorías de validez y eficacia, en ese contexto, la Constitución y el COIP, reconocen dos principios básicos para el derecho penal: subsidiariedad y fragmentariedad, considerando acertadamente que el poder punitivo se encuentra legitimado siempre y cuando sea el medio idóneo para el reconocimiento del derecho fundamental violentado y la vía necesaria para garantizar la convivencia social, de tal manera, que por el principio de necesidad, el derecho penal asume el carácter de subsidiario, fragmentario y de última ratio de la intervención penal, principio que está dirigido al legislador y al juez, dentro de un constante diálogo con la ciudadanía para establecer medidas menos graves para la consecución de un fin.

Entonces, se puede decir que la facultad punitiva del Estado será idónea y necesaria únicamente cuando se afecten bienes jurídicos de gran conmoción social y que produzcan daños irreparables, que la afectación sea de tal gravedad, al punto de restringir mecanismos alternativos para solucionar los conflictos penales, como es el caso de la conciliación penal.

Ahora bien, una de las consideraciones necesarias para establecer sanciones privativas de libertad, es identificar el bien jurídico protegido, es decir, el punto de origen para determinar el castigo es el análisis de la lesión causada a la víctima.

El COIP en su corta promulgación, demostró errores sustanciales al momento de tipificar o sancionar una conducta, y la Corte Constitucional como único órgano de interpretación ha resuelto algunas de las normas denunciadas, como sucedió con el delito de receptación,<sup>145</sup> el delito de contrabando,<sup>146</sup> evidenciando la mala práctica legislativa que existe en la norma penal.

Por otra parte, dentro del catálogo de delitos que se encuentran establecidos en el

---

<sup>144</sup> Ramiro Ávila, “El principio de legalidad Vs. El principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 319.

<sup>145</sup> Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia” No. 14-15-CN/19, caso No. 14-15-CN, de 14 de mayo de 2109.

<sup>146</sup> Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia” No. 14-19-CN/20, caso No. 14-19-CN, de 12 de agosto de 2109.



COIP,<sup>147</sup> en la sección novena se tipifican los delitos contra la propiedad, entre ellos, el de estafa, que tiene una sanción medianamente alta, pues supera los cinco años de privación de la libertad, que es el umbral determinado para los delitos que se consideran como infracciones leves o menores.

Actualmente, la sanción determinada para el delito de estafa, genera una restricción legal para aplicar la conciliación dentro de esta infracción, por cuanto el tipo penal de estafa tiene una amenaza de privación de libertad de 5 a 7 años, y uno de los requisitos de admisibilidad de la conciliación es que el delito no supere una sanción de 5 años, excluyendo al delito de estafa de la posibilidad de resolver el conflicto penal mediante un mecanismo alternativo, incluso, sin perjuicio de que el axioma de lesividad haya desaparecido producto de la conciliación realizada entre las partes.<sup>148</sup>

Por las consideraciones planteadas, en el presente sub capítulo analizo a los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, que me permiten determinar si el delito de estafa tiene una sanción proporcional al daño causado desde una postura normativa externa e interna, de tal manera que, si las conclusiones determinan la desproporcionalidad de la pena, se propondrá la correcta dosimetría penal que permita incluir al delito de estafa dentro de varios beneficios procesales.

Para el referido análisis aplicaremos el principio de proporcionalidad a fin de verificar la idoneidad de la pena, la necesidad de la sanción privativa de la libertad, y la proporcionalidad en sentido estricto, generando elementos académicos que permitan concluir si existen mecanismos válidos y menos lesivos que garanticen la tutela judicial efectiva de los justiciables.

## **1. Concepto del principio de proporcionalidad**

A partir de los años 70, los estados comienzan a replantear el contenido de los derechos fundamentales y su desarrollo constitucional, separando los poderes públicos del alcance de los derechos, donde la materialización de los propios derechos es el fin del Estado, lo que permitió ampliar progresivamente el catálogo de los derechos humanos.

En este contexto, el principio de proporcionalidad se vuelve relevante al ser considerado como la herramienta para interpretar derechos que no son absolutos, y

---

<sup>147</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 663.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, art. 190.

reconocer, en primer lugar, que los derechos gozan de la misma jerarquía constitucional y, que su prevalencia puede ejercerse a partir de un caso en concreto.

Martínez y Zúñiga consideran que mediante el test de proporcionalidad, se busca controlar la arbitrariedad en la creación de las leyes, así como, constitucionalizar todas las leyes frente a los principios y derechos fundamentales, es decir, armonizar y unificar la razón constitucional.<sup>149</sup>

Ignacio Villaverde considera que los conflictos entre las normas existen, son inevitables por las circunstancias cotidianas de la vida, estos conflictos se dan entre los derechos y sus límites, pero los límites a los derechos son los propios derechos fundamentales o constitucionales de terceros, los cuales se encuentran jerárquicamente en la misma línea de reconocimiento.<sup>150</sup>

Para entender de qué manera es aplicable el principio de proporcionalidad, es necesario identificar la diferencia entre reglas y principios, el primero son las normas que ordenan algo definitivamente, como por ejemplo, la obligación de iniciar un procedimiento previo a emitir una sanción penal, mientras que los principios, son normas que disponen que algo sea realizado de manera ideal, conforme el objetivo de la propia norma, por ejemplo, que dentro del procedimiento se garantice el derecho a la defensa,<sup>151</sup> por lo que, el principio de proporcionalidad será aplicado para resolver los conflictos de los principios constitucionales, para el caso de colisión de reglas definitivas, está reservado el método de subsunción.

Miguel Carbonell, refiere que el principio de proporcionalidad es “una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar los principios de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible”<sup>152</sup>.

Carbonell confirma que el principio de proporcionalidad se constituye en la vía

---

<sup>149</sup> José Martínez y Francisco Zúñiga, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, en Lina Victoria Parra Cortés, “Exigibilidad Política y Jurisdiccional de los Derechos Social” (tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2018), 450, [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27848/Tesis\\_linavictoria\\_parra\\_cortes\\_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27848/Tesis_linavictoria_parra_cortes_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>150</sup> Ignacio Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, en *Argumentación jurídica*, Coord., Miguel Carbonell, (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011), 105.

<sup>151</sup> Robert Alexy, “La fórmula de peso”, en *Argumentación jurídica*, Coord., Miguel Carbonell, (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011), 105., 10-17.

<sup>152</sup> Miguel Carbonell, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), Introducción.

para establecer límites a los derechos, pero no a cualquier derecho, a los derechos fundamentales, cuando éstos causan intromisiones entre sí, por lo que, en el caso de colisión de normas penales y principios, los jueces están en la obligación de ejercer el control constitucional mediante el test de proporcionalidad.

Ramiro Ávila sostiene que el principio de proporcionalidad es una herramienta por la cual el Estado legitima sus competencias en el ejercicio y protección de los derechos humanos,<sup>153</sup> pues la propia Constitución contiene normativa incompatible entre sí, las colisiones se pueden dar ya sea en abstracto o en un caso en concreto.<sup>154</sup>

Melba Cuello considera a la proporcionalidad como un instrumento de interpretación constitucional desde dos posturas: 1) la prohibición de exceso; y, 2) la prohibición de defecto. El primero permite limitar el abuso del Estado frente al ejercicio de los derechos fundamentales. El segundo refiere la obligación del Estado de garantizar los derechos constitucionales como normas dirigidas a cumplir los fines estatales.<sup>155</sup>

Finalmente, Carlos Bernal Pulido considera que el principio de proporcionalidad permite darle una estructura fundamental a los derechos iusfundamentales mediante la aplicación de 5 pasos: 1. El reconocimiento primario de un derecho; 2. que se verifique que la protección a esa ley se encuentra reconocida como derecho fundamental y que es relevante para el goce normal de los derechos de una persona; 3. el examen de idoneidad; 4. el examen de necesidad; y, 5. el examen de proporcionalidad en sentido estricto.<sup>156</sup>

Entonces, la función de este principio es controlar el exceso derivado desde los legisladores, en el momento de creación de la ley incompatible con la Constitución, o desde los jueces, cuando aplican la ley y la sanción penal en el caso que resuelven en concreto, a modo de ejemplo, en Ecuador, se presentó la dicotomía o colisión de derechos

---

<sup>153</sup> Ramiro Ávila, “El principio de legalidad Vs. El principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 332.

<sup>154</sup> Gloria Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, en *Argumentación jurídica*, Coord., Miguel Carbonell, (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011), 156.

<sup>155</sup> Melba Cuello, “Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto”, noviembre de 2017, <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10756/2018Cuellomelba.pdf?seque>.

<sup>156</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, 4ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014 [2003], en Lina Victoria Parra Cortés, “Exigibilidad Política y Jurisdiccional de los Derechos Social” (tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2018), 456, [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27848/Tesis\\_linavictoria\\_parra\\_cortes\\_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27848/Tesis_linavictoria_parra_cortes_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

al tipificar el delito de receptación, por una parte se disponía que la persona que no pueda justificar la propiedad de un bien será procesada por el delito de receptación, tratando el COIP de proteger el bien jurídico constitucional de la propiedad, por otra parte, la Constitución reconoce el derecho a la presunción de inocencia en el artículo 76 numeral 2, determinando que ésta podrá ser destruida mediante una resolución en firme, la cual se obtiene después del procedimiento legal. Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció al respecto mediante la sentencia 14-15-CN/2019,<sup>157</sup> declarando la inconstitucionalidad de la norma por violentar el derecho a la inocencia.

La sentencia es relevante, por cuanto fue justamente el juez penal, quien mediante el uso de sus competencias, elevó a consulta la constitucionalidad del artículo 202 -receptación-, buscando establecer, es este caso, límites a los derechos promulgados por el legislador, que en muchos casos, promulgan normas erróneamente, que no cuentan con una justificación fáctica y necesaria de protección mediante la vía punitiva estatal. Respecto a las limitaciones y los excesos en la protección de los bienes jurídicos frente al derecho de la libertad personal, Pedro Bermeo refiere que:

Las normas penales tienen que cumplir con el principio de proporcionalidad, y no sólo en cuanto a observar la pena frente al desvalor del hecho, sino al cumplimiento de su dimensión constitucional, en la medida que se observe que esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo a los derechos protegidos por la Constitución, principalmente el de libertad, que es el de mayor afectación frente al Derecho Penal. Por lo tanto, no se pueden sacrificar derechos (dentro de los límites racionales) si no se obtiene una ganancia mayor en la escala axiológica del ejercicio propio de los derechos, estas limitaciones sólo encuentran justificación en la necesidad de obtener una mayor protección del campo de libertades y del sistema democrático como tal.<sup>158</sup>

Esta garantía de que la imposición de una pena no puede ser mayor que el daño producido por la infracción se encuentra reconocida en el artículo 76 numeral 6 de CRE, y debe ser interpretada desde un estándar de igualdad de derechos (Art. 11 #6 CRE), y en el sentido que más se ajuste a la Constitución (art.13 COIP).

Valverde considera que el principio de proporcionalidad “evita que el poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho

---

<sup>157</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.-:14-15-CN/19, de 14 de mayo de 2019, 7-10.

<sup>158</sup> Pedro Bermeo Arcos, “Dosimetría Penal: la arbitrariedad normativa y práctica” (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019), 16, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6904/1/T2978-MDPE-Bermeo-Dosimetria.pdf>.

fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial”<sup>159</sup>.

En definitiva, los derechos constitucionales sólo pueden ceder o limitarse por los propios derechos que la Constitución reconoce o expresamente imponga, de tal manera que un derecho fundamental seda por la necesidad de que otro derecho prevalezca en razón de la carga argumentativa.

Confrontando a la aplicación del principio de proporcionalidad, Carlos Bernal Pulido realiza un análisis a las críticas del principio, y de manera particular a la ponderación como método de aplicación, entre las críticas están: 1) que sería una herramienta únicamente retórica que carece de criterios jurídicos que garanticen la objetividad, basada únicamente en estructuras subjetivas del juez; 2) que existiría una falta de compatibilidad entre los derechos que colisionan, por su jerarquía o medio común; 3) que es una herramienta o método que en cada caso proporciona una resolución distinta, contradiciendo otros derechos como la seguridad jurídica;<sup>160</sup> sin embargo, concluye diciendo que, la interpretación mediante la proporcionalidad le permite al juez obtener elementos argumentativos para resolver los conflictos, sean éstos parcializados o no, finalmente generan argumentación para su resolución.

María Castiñeira y Ramón Ragués, plantean otro mecanismo de análisis para aplicar un correcto test de proporcionalidad, considerando que:

Para decidir en qué casos una pena resulta proporcionada los cinco magistrados deciden aplicar un test compuesto de tres elementos objetivos: a) en primer lugar, debe compararse la gravedad de la infracción con la severidad de la pena impuesta; seguidamente debe atenderse a las sanciones impuestas a otros criminales en la misma jurisdicción y, en especial, conviene analizar si delitos más graves están sujetos a la misma pena o a penas más leves; c) por último, deben observarse las penas impuestas de la comisión del mismo delito en otras jurisdicciones.<sup>161</sup>

Conforme fue analizado en el capítulo primero, en el COIP existen un sin número de delitos cuya tipicidad tienen elementos objetivos similares al delito de estafa pero con una gran diferencia en su sanción, sin establecer criterios racionales que determinen una correcta dosimetría a bienes jurídicos similares o de mayor importancia, como el daño a

---

<sup>159</sup> Ignacio Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, en *Argumentación jurídica*, Coord., Miguel Carbonell, (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011), 110.

<sup>160</sup> Carlos Bernal, “La racionalidad de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 45-47.

<sup>161</sup> María Castiñeira, Ramón Ragués, “Three Strikes”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 198.

la propiedad privada con violencia,<sup>162</sup> en el cual, se vulnera el derecho a la propiedad y se afecta la integridad personal, además, en el ámbito del derecho comparado hemos constatado que países como Colombia establecen como sanción para el delito de estafa una pena privativa desde los dos años, y que dicho sea de paso, la conciliación es admisible para delitos que cuyo mínimo de pena no exceda los 5 años, por lo que, aunque el principio de proporcionalidad no sea infalible como método de interpretación, si constituye quizás una herramienta útil para proscribir normas que tienen penas desproporcionadas o resolver conflictos en concreto.

### **1.1. Reconocimiento normativo del principio de proporcionalidad en la legislación ecuatoriana**

La Constitución del Ecuador en su artículo 427 reconoce a los Derechos Humanos con el máximo de protección normativa, determina que las normas pueden contradecirse y que se interpretarán en el sentido de validez y eficacia, disponiendo que:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.<sup>163</sup>

El artículo 429 de la Constitución del Ecuador le entrega la potestad de interpretación constitucional a la Corte Constitucional disponiendo que “es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”<sup>164</sup>.

Referente al principio de proporcionalidad como derecho, el artículo 76 numeral 6 de la Constitución del Ecuador manifiesta que toda norma deberá establecer una debida proporcionalidad entre la infracción y la sanción penal.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Jurisdiccional, determina los métodos de interpretación aplicables en el contexto de un conflicto normativo, y ratifica el mandato constitucional respecto que “las normas

---

<sup>162</sup> Pedro Bermeo Arcos, “Dosimetría Penal: la arbitrariedad normativa y práctica” (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019), 25-26, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6904/1/T2978-MDPE-Bermeo-Dosimetria.pdf>.

<sup>163</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 427.

<sup>164</sup> *Ibíd.*, art. 429.

constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución”, además, reconoce a los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional.

El numeral 2 del referido artículo, desarrolla el principio de proporcionalidad como una de las herramientas de argumentación para resolver los conflictos normativos, disponiendo que:

Quando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.<sup>165</sup>

De la normativa constitucional y legal, evidenciamos que Ecuador reconoce al principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa de interpretación, así como, una garantía procesal. Por una parte, se exige que las normas guarden la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones, y en el que caso de una vulneración a este derecho, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad se podrá corregir este error legislativo.

Como hemos ya indicado, la proporcionalidad como derecho vinculado entre las penas y la infracción se encuentra reconocido en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución, mientras que, la proporcionalidad como método de interpretación se encuentra desarrollado técnicamente en el artículo 3 numeral 2, referente a los métodos y reglas de interpretación constitucional, el cual tiene como finalidad resolver las contradicciones que se producen entre los principios y normas, tal como el principio reconocido en el artículo 76 numeral 6, es decir, mediante el método de interpretación se puede resolver un conflicto por el derecho de proporcionalidad.

## **1.2. Reconocimiento jurisprudencial del principio de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional**

La Constitución del Ecuador reconoce a la Corte Constitucional como el máximo órgano de interpretación de las normas, tiene como fin, buscar la armonía de los derechos

---

<sup>165</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 3.

constitucionales y las normas, entre sí.<sup>166</sup>

Gloria Lopera, considera que el Tribunal Constitucional, tiene la obligación de interpretar y aplicar los derechos fundamentales, de la manera más racional posible, sin exceder sus límites ni irrespetar las competencias legislativas propias, mediante la aplicación del principio de oportunidad como instrumento argumentativo.<sup>167</sup>

La Corte Constitucional no ha sido reacia al aplicar el test de proporcionalidad para analizar la proporcionalidad de un derecho dentro de un caso en concreto, es así que el desarrollo y empleo de los tres subprincipios, idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad han sido reiteradamente utilizados como herramienta argumentativa por la Corte, y se han motivado en extenso en sentencias como, por ejemplo: 282-13-JP/19; 1651-12-EP/20; 11-18-CN-19; 001-18-SIN-CC, entre otras.

Respecto a los métodos de interpretación de las normas constitucionales y legales, la Corte Constitucional determina como instrumento de argumentación idóneo a la ponderación y proporcionalidad, estableciendo que:

Cómo se deben solucionar las contradicciones que pueden llegar a existir (...) para responder esta pregunta hay que formular una primera regla, en tanto que (los principios-derechos) son de igual jerarquía, las normas de uno o de otro ordenamiento, deben ser interpretadas a través de los sistemas de interpretación generales, y concretamente, a través de los sistemas de interpretación propios de la Constitución, particularmente, los mecanismo de ponderación de normas y test de razonabilidad.<sup>168</sup>

Para ello, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador, otorga al juzgador las herramientas para aplicar diferentes métodos de interpretación constitucional, como el principio de proporcionalidad y la ponderación, de tal manera que, al generarse la colisión de principios o normas, ésta confrontación puede ser resuelta mediante la verificación del fin constitucionalmente válido, sobre una relación de preferencias, condicionada sobre los hechos concretos, argumentando el grado de satisfacción o afectación de un derecho sobre el otro.

Respecto al principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia No.- 11-18-CN-19, sostuvo que “El test de proporcionalidad tiene, pues, cuatro elementos: a) Un fin constitucionalmente válido; b) idoneidad, e) necesidad, y d) la

---

<sup>166</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996, art. 429.

<sup>167</sup> Gloria Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, en *Argumentación jurídica*, Coord., Miguel Carbonell, (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011), 157.

<sup>168</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa”, en Juicio No.-: 002-08-SI-CC, de 10 de diciembre de 2008,12.



proporcionalidad propiamente dicha. La ausencia de uno de dichos elementos sería suficiente para considerar que la medida no supera el test de proporcionalidad”<sup>169</sup>.

En materia penal, uno de los casos emblemáticos en el que se aplicó el test de proporcionalidad ha sido la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, de 28 de abril de 2021, en el que se analizó la constitucionalidad del artículo 150.2 del Código Orgánico Integral Penal, referente a la despenalización del aborto consentido por mujeres víctimas de violación.<sup>170</sup>

La Corte estructura su análisis identificando la finalidad constitucionalmente válida, es decir el derecho constitucional a proteger, en el caso presentado, el derecho del nasciturus, realizando un símil hacia nuestro tema planteado sería en derecho al patrimonio.

Como segundo presupuesto o filtro de proporcionalidad, identifica a la idoneidad del tipo penal y sanción, la Corte determina que una “sanción penal debe ser conducente para lograr el fin perseguido por el legislador”<sup>171</sup> proteger el bien jurídico, la vida del nasciturus, el caso analizado la Corte expone las razones argumentativas para justificar su decisión, en base a las implicaciones de cada uno de los derechos en colisión.

Respecto al subprincipio de necesidad, la Corte dice que “la intervención del Estado por medio de su poder punitivo no es la única medida que puede ser utilizada para la protección de derechos constitucionales; y, sobre todo, debe ser una medida excepcional, escogida solamente si se demuestra su estricta necesidad respecto de otras medidas que logren el objetivo constitucional propuesto”<sup>172</sup>, en el caso planteado, analiza las medidas alternativas que tiene el legislador para proteger eficazmente el derecho en colisión, recordando que el derecho penal en el Ecuador se debe guiar por el principio de mínima intervención penal.

Finalmente, realiza el análisis respecto al subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido de la medida “vista como el equilibrio entre el sacrificio y el beneficio conseguido”<sup>173</sup>, considerando si la medida punitiva se encuentra justificada, busca determinar si lo que logra la ley punitiva se equilibra con lo mucho que se pierde al

---

<sup>169</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 11-18-CN-19, de 12 de junio de 2019, párr. 88.

<sup>170</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 34-19-IN/21, de 28 de abril de 2021, párr. 133.

<sup>171</sup> *Ibíd.*, párr., 142.

<sup>172</sup> *Ibíd.*, párr., 150.

<sup>173</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 34-19-IN/21, de 28 de abril de 2021, párr. 139-55.

permitir el ejercicio del poder sancionador del Estado contra los ciudadanos en afectación a su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

De la revisión de las sentencias citadas en el presente subcapítulo (001-18-SIN-CC; 282-13-JP/19; 11-18-CN-19; 7-11-IA/19; 1651-12-EP/20,), se puede evidenciar que la Corte Constitucional del Ecuador, aplica el test de proporcionalidad para resolver los conflictos de derechos, cabe indicar que la Corte en Periodo de Transición ha aplicado el test de razonabilidad, o de manera general analizan la proporcionalidad de la norma sin aplicar en todos los casos el test propiamente dicho.

## 2. El test de proporcionalidad

Para la aplicación del test de proporcionalidad debemos tener como presupuesto circunstancial que existan dos principios que colisionen, los mismos que deben estar reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por el Estado, y que afecten la normativa penal, de manera particular, en relación al *quantum* de la pena establecida en el tipo.

Gloria Lopera sostiene que “La colisión se establece cuando se examina la legitimidad constitucional del fin perseguido con la intervención penal. (...) Establecer cuál es el bien jurídico que el legislador busca proteger”<sup>174</sup>, a modo de ejemplo, se produciría una colisión cuando el COIP impida a las partes procesales ejercer el principio de mínima intervención penal como regla general o que las sanciones penales no cumplan con el principio de proporcionalidad en relación con la conducta penalmente relevante.

Para resolver este tipo de colisiones, los tribunales constitucionales suelen emplear una estructura argumentativa que se conoce como el principio de proporcionalidad, en virtud de la cual la intervención del legislador en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa.<sup>175</sup>

En el contexto del trabajo investigativo, la interpretación constitucional se basará sobre la sanción penal que recae en el delito de estafa, para determinar que el derecho a proteger, el patrimonio, sea constitucionalmente válido, que es idóneo tipificar y sancionar a quien vulnere dicho bien jurídico, sin embargo, se deberá argumentar la

---

<sup>174</sup> Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, 156.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, 158.

necesidad exclusiva de sancionar con la pérdida de la libertad a quien cometa la infracción, y que la cantidad o quantum de la pena sea simétrica con la vulneración del derecho afectado, para ello, el juzgador constitucional cuenta con los métodos para realizar la carga argumentativa y resolver el conflicto.

En la misma línea, Rubén Sánchez Gil, determina que el principio de proporcionalidad se basa en el examen de tres aspectos necesarios: 1) la idoneidad como medio para conseguir un fin constitucionalmente válido; 2) ser necesaria para que el agravio al principio en colisión no sea afectado sin justificación real; 3) ser proporcionada en sentido estricto para que pueda ser cuantificable el beneficio Vs. el sacrificio del derecho fundamental.<sup>176</sup>

### **2.1. Fin constitucionalmente válido**

Las normas penales establecen como fin general la disuasión del cometimiento del delito, conocido como prevención general de la pena, buscan que la sociedad no vulnere el derecho al patrimonio, y que se sientan protegidos por la norma; para controlar y evitar el delito de estafa, se ha establecido la descripción penal y su sanción.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador refiere que el fin constitucional no se justifica con la simple verificación de protección normativa sobre el bien jurídico en colisión, en nuestro caso, el patrimonio, pues debe ir más allá, se requiere que exista un hecho de peso que justifique de forma exhaustiva que el ejercicio del poder punitivo no es arbitrario.<sup>177</sup>

Aunque en la práctica, no todas las sentencias realizan un análisis distintivo sobre el fin constitucionalmente válido, lo cierto es que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece en el numeral 2 del artículo 3, que: “se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido [...]”<sup>178</sup>, determinándose que el método de proporcionalidad tiene cuatro elementos o subprincipios: 1) un fin constitucionalmente válido, 2) idoneidad, 3) necesario, y 4) proporcionalidad propiamente dicha.

---

<sup>176</sup> Rubén Sánchez Gil, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 183-184.

<sup>177</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 34-19-IN/21, de 28 de abril de 2021, párr. 140-141.

<sup>178</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 3.

En sentencia No.- 11-18-CN/19, de fecha 12 de junio de 2019, la Corte Constitucional realizó una importante análisis respecto al primer elemento del test de proporcionalidad, analizando el derecho en colisión desde tres fines diferentes: extralegal; legal; y, constitucional.<sup>179</sup>

Referente a la carga argumentativa extralegal, reflexiona sobre temas subjetivos, en el caso analizado, refiere que “la exclusión a las parejas del mismo sexo al matrimonio son por dos razones: la anormalidad y las convicciones morales y religiosas”<sup>180</sup>, de tal manera que, dentro de nuestro trabajo investigativo podemos manifestar que el legislador establece sanciones penales consideras altas para castigar el delito de estafa en razón de ser un país con tendencia capitalista que busca proteger los intereses de las clases privilegiadas, o pregúntese usted, cuando ha visto que a un pobre hayan estafado.

Cabe indicar que no podemos generalizar los casos, en nuestra realidad, sucede con gran frecuencia las estafas masivas en el ámbito de la construcción, donde efectivamente, el modus operandi es engañar a gente de escasos recurso, no obstante, la referida conducta encajaría en un tipo agravado, que merece un alto reproche penal.

Podemos concluir que, la tipificación y sanción penal del delito de estafa, si persigue un fin constitucionalmente válido, sin embargo, analizaremos si cumple de manera concurrente con todos los elementos o subprincipios del test de proporcionalidad.

## **2.2. Idoneidad de la norma de sanción**

El primer subprincipio de la proporcionalidad es el de idoneidad, busca como objetivo demostrar que mediante una norma penal se puede asegurar el fin, pues sólo con la medida legislativa, se contribuye a su consecución, para ello, la medida o norma no debe resultar indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización del fin propuesto.<sup>181</sup>

Este subprincipio busca argumentativamente que la norma penal, y en el presente caso, la sanción del delito de estafa, constituya un medio idóneo para obtener el fin que persigue el Estado, estableciendo un nexo causal entre la imposición de la pena, con el respectivo aumento de la sanción que se dio en el COIP, sin dejar de mirar la finalidad

---

<sup>179</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019, párr. 89.

<sup>180</sup> *Ibíd.*, 90

<sup>181</sup> Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, 158.

propia de la pena, en su ámbito de prevención especial positiva y prevención general, además, tomando en cuenta el estado de la sanción existente antes del aumento de la pena.

Laura Clérico considera al subprincipio de idoneidad como:

El examen de la idoneidad supone: a) la identificación y precisión en la mayor medida posible del fin o de los fines estatales legítimos (es decir, un fin que no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva) y sin reducciones ni aumentos del fin; b) la individualización del medio implementado, y c) la identificación del derecho o de los derechos afectados por la limitación que se ataca excesiva.<sup>182</sup>

En este sentido, cabe analizar los derechos en colisión, si éstos se encuentran reconocidos por la Constitución, pues al respecto, evidenciamos que tanto el derecho al patrimonio como el derecho de proporcionalidad están debidamente garantizados por la norma e identificados en los artículos 66 numeral 26 y, por otra parte en el artículo 76 numeral 6.

Ignacio Villaverde, analiza el subprincipio de idoneidad refiriendo que, es la medida concreta para alcanzar el fin perseguido, es decir, limitar el derecho fundamental, como el derecho a la libertad en los casos penales, como única forma para conseguir el propósito, el cual debe ser igualmente constitucional.<sup>183</sup>

Ramiro Ávila considera que la idoneidad “ayuda a apreciar que la limitación de un derecho contribuye a la consecución de un fin legítimo, que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía”<sup>184</sup>; por ejemplo, la sanción penal de privación de la libertad en contra de una persona que ha perjudicado en el patrimonio o propiedad a otra, a simple vista podría pensarse que es una medida idónea para precautelar el derecho constitucional a la propiedad (Art. 66, núm., 26 CRE). Referente a la idoneidad en el derecho penal, Diego Luzón manifiesta que:

El Derecho penal sólo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito y, por tanto, hay que renunciar a su intervención cuando sea político-criminalmente inoperante, ineficaz, inadecuado o incluso contraproducente para evitar delitos, en tales casos, para cumplir el objetivo pretendido, habrá que acudir, si existe, a otra reacción eficaz.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> Laura Clérico, “El examen de proporcionalidad: Entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 128-129.

<sup>183</sup> Ignacio Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 183-184.

<sup>184</sup> Ramiro Ávila, “El principio de legalidad Vs. El principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 332.

<sup>185</sup> Diego Luzón, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2.a ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 25.

Entonces, se determina que un caso concreto no supera el filtro de idoneidad, cuando la medida legislativa provoca interrupción para conseguir el objetivo que es la protección del bien jurídico constitucional, en el caso del delito de estafa, evidenciamos en primer lugar que el derecho de propiedad está legalmente reconocido en la Constitución, además, la normativa busca prevenir la vulneración de dicho derecho, cumpliendo con el principio de legalidad, por lo que, tipificar el delito de estafa constituye la medida idónea para conseguir el objetivo del Estado, garantizar que terceras personas no afecten o lesionen el derecho a la propiedad.

Además, desde un enfoque de la prevención de la pena, el juicio de idoneidad tiene dos presupuestos que justificar, el primero, es verificar que la posible conducta tiene un alto grado de peligrosidad y que conlleve a una lesión, me explico, la acción debe provocar una afectación real al bien jurídico, como ejemplo, el delito de estafa busca apropiarse ilícitamente de bienes, dinero o el detrimento en el patrimonio de la víctima, y este acto debe ser conocido por el legislador, por cualquier fuente, la habitualidad o repeticiones de la conducta ilegal, de la máxima de la experiencia, entre otras; consecuentemente, el legislador crea el tipo penal de prohibición de la conducta. Como segundo presupuesto, que esa conducta se la realice dentro del contexto social, es decir, no se puede exigir que una persona en estado de embriaguez no conducta dentro de su rancho, o que el infractor se estafe así mismo.<sup>186</sup>

Pero el subprincipio de idoneidad no sólo es analizable desde la prohibición de la conducta, además, debe guardar una justificación legislativa desde el punto de vista de la sanción penal, “se trata pues de examinar la eficacia preventiva que despliega la norma enjuiciada. En esta sede, el juicio de idoneidad de la norma de sanción ha de concentrarse en la verificación de los efectos preventivos generales de la pena”<sup>187</sup>.

Entonces, nos cuestionamos respecto a cuál es el fin que persigue la sanción penal, si tomamos en cuenta que el Estado tiene como finalidad, por una parte proteger los derechos de todos los ciudadanos, pero por otro, rehabilitar al infractor, entenderíamos que, cumple con el primero pero descuida el segundo, y sin entrar en este subprincipio a valorar el de proporcionalidad en sentido estricto, entendemos que, bajo las circunstancias de hacinamientos y violaciones físicas como psicológicas que se viven en las cárceles, la privación de la libertad nunca será el medio idóneo de rehabilitación para una persona.

---

<sup>186</sup> Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, 160-161.

<sup>187</sup> *Ibíd.*, 161.

Lo cierto es que, en este primer subprincipio se exige un mínimo y no un máximo de idoneidad. La formulación negativa de su concepto implica un mayor respeto del margen de acción del Legislador, pues lo que se exige de sus medidas no es un grado óptimo de idoneidad para alcanzar la máxima protección de un bien jurídico imprescindible, sino tan solo que sea abiertamente adecuado para contribuir a proteger un bien jurídico legítimo.<sup>188</sup>

En conclusión, el medio legislativo para conseguir el fin de protección del derecho a la propiedad es el idóneo, desde la prohibición de la conducta (con la amenaza de una sanción) y pasaría el filtro del subprincipio de idoneidad, sin embargo, por las condiciones carcelarias, la sanción que tiene implícita el delito de estafa, no cumpliría con el objetivo, por cuanto la finalidad de la pena desde el enfoque de prevención especial positiva, es la reinserción, rehabilitación y resocialización, las cuales no se cumplirían.

Más allá de que ninguna cárcel rehabilita, por lo menos contando con infraestructuras inclusivas, podría el Estado argumentar que, mediante los centros de privación de libertad, se busca cumplir con el propósito constitucional: la rehabilitación.

### **2.3. Necesidad de la norma de sanción**

El subprincipio de necesidad, por su parte, requiere poner freno a la tendencia de emplear los medios más contundentes, más invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo pretendidamente más eficiente, mientras el subprincipio de idoneidad busca la eficacia de la media de prohibición, el de necesidad se alcanza cuando se obtiene la medida menos gravosa.<sup>189</sup> Al respecto, Ignacio Villarde considera que:

La exigencia de necesidad o intervención mínima, que consiste, en que la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido, de que no debe existir otro medio menos oneroso para lograrlo. La medida restrictiva no sólo debe ser idónea, material y funcionalmente para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, de entre las posibles maneras de imponer la medida restrictiva, sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad.<sup>190</sup>

Cumplir con una medida menos gravosa para alcanzar el fin de protección resulta

---

<sup>188</sup> Carlos Pulido, “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, en *Argumentación jurídica*, Coord, Miguel Carbonell, (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011), 210.

<sup>189</sup> Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, 158.

<sup>190</sup> Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, 184.

no tan difícil, pues el COIP establece como mecanismos alternativos de solución de conflictos a la conciliación, que permitiría, en el caso investigado: la estafa, resarcir el derecho vulnerado de una manera más eficaz.

Ávila, coincide con el criterio de Villarde, y manifiesta que el subprincipio de necesidad permite que el legislador o el juez analice las diferentes opciones o medidas que tiene a su alcance para favorecer al derecho en colisión.<sup>191</sup> En el delito de estafa, tengo otra medida idónea que cumple con la finalidad del derecho penal -promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación de las víctimas<sup>192</sup>- como lo es la conciliación penal, e incluso podría darse la suspensión condicional de la pena, claro está, si la sanción para el delito de estafa no fuera desproporcionada.

El subprincipio de necesidad requiere acreditar que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico, y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal. Se trata así de buscar alternativas de regulación que circunscriben el ámbito de lo prohibido sólo a las conductas que lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico, para de este modo reducir la disminución de libertad que comporta la tipificación de una conducta como delito sólo al mínimo imprescindible para alcanzar la finalidad de tutela. Ello supone introducir al juicio de necesidad de la norma de conducta buena parte de las exigencias asociadas en materia penal al principio de fragmentariedad.<sup>193</sup>

Dentro del campo penal, podemos optar por establecer medidas menos gravosas que la privación de la libertad, una de las posibilidades es aumentar las atenuantes y al mismo tiempo limitar o disminuir los agravantes, para que los tipos penales sean más concretos a la conducta buscando una menor lesividad del derecho en colisión, pues si bien es necesario establecer una sanción para el delito de estafa, con las características propias que constituyan sus elementos constitutivos, rodearlo de un sin número de agravantes no responde al objetivo del derecho penal, ni vuelve más eficiente la protección del bien jurídico, ni mucho menos a la rehabilitación del infractor.

El subprincipio de necesidad desde la sanción a la conducta tiene como finalidad establecer alternativas a la norma, es decir, que la privación de la libertad no se convierta en la única opción para validar el bien jurídico vulnerado.

Carlos Bernal Pulido sostiene que “De acuerdo con el subprincipio de necesidad, para que una intervención penal en los derechos fundamentales sea necesaria no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para

---

<sup>191</sup> Ávila, “El principio de legalidad Vs. El principio de proporcionalidad”, 332.

<sup>192</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 1.

<sup>193</sup> Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, 163.



alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado”<sup>194</sup>, de tal manera que, establece dos presupuestos a tener en cuenta, el objetivo de la sanción y las diferentes opciones para lograr ese objetivo.

Lopera analiza a la necesidad desde dos perspectivas, la interna y la externa, en primer lugar, desde la vertiente externa, el derecho penal tiene como objetivo buscar medidas alternativas al propio derecho penal asociadas al principio de subsidiariedad penal, desde el enfoque interno, la propia norma debe establecer sanciones alternativas a la privación de la libertad.<sup>195</sup> Como ejemplo podríamos decir que, como medios alternativos a la sanción normativa externa encontramos a la conciliación penal, mientras que como medios alternativos internos, el legislador puede establecer, en el caso en concreto, una sanción privativa menor o una sanción económica quizás aumentada en un cincuenta por ciento. A modo de ejemplo, el Código de la Producción establece como sanción al importador que incumpla o de fraude al Estado, el pago de diez veces el monto del valor adeudado.

Pero la necesidad de una sanción también está relacionada al contexto social de poder, pues la fotografía histórica tiene un rol importante al legislar y determinar qué sancionar y lo más relevante, cómo sancionar.

María Schijvarger, al respecto considera que “Las causas de criminalización [...] obedecen a la gesta de intereses entre quienes disponen de poder en una sociedad y tienen interés en prohibir y sancionar una determinada conducta”<sup>196</sup>, la criminología crítica estudia el delito en un contexto histórico social y económico.

La seguridad de las premisas relativas a la necesidad de la medida normativa de sanción será mayor cuando se acredite que antes de acudir al incremento de la pena, todas las medidas que existen resultaron insuficientes para lograr el efecto de protección deseado y existan estudios que demuestren la mayor eficacia de la norma enjuiciada. [...] La certeza sobre la necesidad de la intervención será menor cuando la comparación entre la norma afectada y las medidas alternativas desde la perspectiva del grado de lesividad hayan dado como resultado el cumplimiento del objetivo del derecho penal, la reparación a la víctima y la rehabilitación del infractor.<sup>197</sup>

Ahora bien, si analizamos el bien o el derecho que se protege con la tipificación del delito de estafa, entendemos que la normativa está dirigida a resolver los conflictos

---

<sup>194</sup> Pulido, “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, 210-211.

<sup>195</sup> Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, 164.

<sup>196</sup> María Schijvarger, “Criminología y derecho penal”, vol. 3 Perspectivas (Argentina: Universidad Nacional de la Pampa, 2013) 16. <https://repo.unlpam.edu.ar/bitstream/handle/unlpam/4105/v03n1a12schij.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

<sup>197</sup> Gloria Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, 163.

de los burgueses mediante la vía más agresiva que tiene el Estado, el poder punitivo.

Como ya hemos advertido en el presente trabajo, el delito de estafa se encontraba sancionado con una pena inferior a los cinco años, y es a partir de la promulgación del COIP, donde el legislador aumentó el *quantum* de la pena, estableciendo una sanción superior a 5 años, consecuentemente impidiendo que este delito pueda ser solucionado mediante la conciliación, de tal manera que, dentro del análisis de cumplimiento del subprincipio de necesidad se deberá argumentar que, previo a la sanción actual, el delito de estafa era enjuiciado con una pena inferior y del cual se podía aplicar una medida alternativa a la actual, justificándose que el delito de estafa tendría una pena desproporcional y no superaría el filtro del subprincipio de necesidad, por cuanto el legislador no ha tomado en cuenta el principio de mínima intervención penal, y de última ratio<sup>198</sup> y mucho menos ha justificado la relevancia y necesidad de aumentar la pena.

Cabe indicar que el legislador debe evidenciar cual es el objetivo relevante de protección, pues en el delito de estafa el bien jurídico vulnerado recae sobre la propiedad, por lo que la primera opción legítima deberá ser el resarcimiento patrimonial vs la libertad personal.

Esto no implica que el Legislador deba adoptar siempre la medida penal óptima, sino sólo la prohibición de restringir gravemente la libertad, es decir, la prohibición de utilizar una medida restrictiva intensa en caso de que exista un medio alternativo por lo menos igualmente idóneo para proteger el bien jurídico relevante, y que a la vez sea más benigno con el derecho restringido.<sup>199</sup>

Entonces, se podría considerar que reducir la pena en el delito de estafa generaría un mensaje a la ciudadanía, la de incentivo para el infractor ya que el riesgo de la pena versus el beneficio en caso de no ser descubierto sería menor, no obstante, el legislador puede generar medidas alternativas que generan mayor seguridad de cumplimiento del objetivo del estado: la reparación a la víctima, acompañada de manera secundaria con la privación de la libertad personal.

#### **2.4. Proporcionalidad en sentido estricto**

El método de proporcionalidad, mediante los tres subprincipios, y de manera particular a través de la proporcionalidad en sentido estricto, permite determinar el grado

---

<sup>198</sup> Jesús Silva, *Aproximación al derecho penal*, (Barcelona: Editorial Bosch, 1992), 244.

<sup>199</sup> Pulido, “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”, 211.

de la no satisfacción, la importancia de la satisfacción del principio contrario o con el que se colisiona, y finalmente justificar que la restricción del derecho fundamental era importante para el derecho satisfecho, estos tres elementos o subprincipios son parte de la proporcionalidad en sentido estricto, el cual es el resultado después de haber acreditado la idoneidad y necesidad de la medida legislativa.

Se ha determinado que, dentro de todo conflicto o colisión de principios, confluyen dos elementos, el primero resulta del hecho o circunstancias fácticas y el segundo se deriva del análisis o contraposición jurídica del que puedan derivar los principios, por lo que la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto recae básicamente sobre el segundo presupuesto, sin dejar la conexidad del hecho.

Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, en ellos la ponderación no juega ningún papel [...] el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, éste es el campo de la ponderación.<sup>200</sup>

Gloria Lopera considera que el principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene como finalidad garantizar que el derecho fundamental que se protege con la intervención del legislador o promulgación de la norma no representa un agravio mayor al que se sacrifica, como es el derecho a la libertad.<sup>201</sup>

Robert Alexy, considera que existen niveles de intensidad o intervención a un principio, este valor es subjetivo, porque será el juez quien decidirá si la afectación al derecho fundamental es leve, grave o muy grave. El valor, siempre será el resultado lógico de la satisfacción-afectación o importancia del principio contrario. Considera que las intervenciones son restricciones, y al hablarse de intensidad de las intervenciones nos referimos al grado de restricción o limitación del ejercicio del derecho.<sup>202</sup>

Ramiro Ávila sostiene que “La proporcionalidad valora el objetivo perseguido y el derecho humano limitado para conseguir el objetivo; entre los dos derechos se debe evaluar si la ventaja que quiero obtener (objetivo) compensa el sacrificio que voy a realizar (derecho limitado)”<sup>203</sup>. En el ejemplo planteado, si la privación de la libertad produce que la víctima no sea reparada en el daño, que el sentenciado no sea rehabilitado, y que no se pueda aplicar el principio de mínima intervención penal, no conseguimos el

---

<sup>200</sup> Alexy, “La fórmula de peso”, 15.

<sup>201</sup> Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, 158.

<sup>202</sup> Alexy, “La fórmula de peso”, 15-20.

<sup>203</sup> Ramiro Ávila, “El principio de legalidad Vs. El principio de proporcionalidad”, 318.

objetivo perseguido y la limitación al derecho humano no surte ningún efecto beneficioso.

En materia penal, la sanción del delito de estafa tiene como finalidad establecer límites a las conductas de las personas, pues la simple amenaza de la sanción ya genera una protección, y en el delito consumado el tratamiento es distinto, pues ya se ha violentado el derecho constitucional a la propiedad y se enfrenta contra el derecho fundamental de la libertad, entonces, la contraposición de derechos debe ser interpretada bajo el riesgo real y cierto de que, en este caso en concreto, el procesado no pueda entregarle a la víctima una solución menos gravosa que la pérdida de su libertad, como lo es la conciliación. Respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte Constitucional del Ecuador ha sostiene que:

La proporcionalidad propiamente dicha o estricta proporcionalidad, según nuestra legislación, artículo 3 (2) de la LOGJCC, busca "que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional." A diferencia de los otros elementos, exige mirar con atención los derechos de otras personas o grupos que podrían afectarse por la medida en escrutinio. En la proporcionalidad se aprecia los derechos de unos titulares con otros titulares, cuyo ejercicio entra en colisión, tensión o podría provocar una restricción. Para que una restricción de derechos sea legítima, la realización de otros derechos debe ser mayor o al menos equivalente. Se trata de una comparación entre la realización de un derecho con la afectación de otro derecho. Si la medida restrictiva tiene consecuencias desventajosas para un grupo humano comparado con el goce o realización del grupo que ejerce derechos, entonces la afectación al derecho a la igualdad será mayor.<sup>204</sup>

Entendemos que la norma penal busca proteger con sanción al derecho patrimonial, no obstante esa pena debe estar acorde a los parámetros y principios constitucionales como el derecho a la proporcionalidad, pues desconocer esta garantía, implica incluso excluir al delito de estafa de varios beneficios procesales, provocando consecuencias desventajosas para los sujetos procesales, incluso para la víctima que en esta clase de infracciones busca la reparación material más que la privación del infractor.

El primer filtro hace referencia al grado de la no satisfacción o afectación del principio, pues en el caso del delito de estafa, con la conexidad de la conciliación que se analiza en el presente trabajo, deberá analizarse si el tipo penal busca proteger un derecho constitucionalmente reconocido, evidenciamos que el COIP realiza la protección negativa del derecho al patrimonio.<sup>205</sup> Este es un derecho fundamental que permite la construcción de otros derechos, de manera directa, como el libre desarrollo de la personalidad, e indirectamente, como la dignidad humana, la salud, la alimentación, entre otros.

---

<sup>204</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia", en Juicio No.- 11-18-CN-19, de 12 de junio de 2019, párr. 118.

<sup>205</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996, art. 66, numeral 27.

Entonces, cuando la conducta humana genere un perjuicio en el patrimonio de una persona, este acto será protegido mediante la normativa penal, imponiendo una sanción al infractor, normativa que es completamente idónea, y que se ha corroborado a lo largo de la historia que la sanción es la única vía de prevención para la ciudadanía.

Lopera coincide en aplicar la fórmula de Alexy, manifestando que el primer presupuesto “Busca establecer que el grado de afectación del derecho afectado por la conducta prohibida, se compensa por el grado de satisfacción por la norma legislativa de protección de aquellos bienes jurídicos”<sup>206</sup>, en este caso, el patrimonio.

El segundo presupuesto o elemento planteado por Alexy, busca justificar la importancia de la satisfacción del principio que se colisiona: la libertad. En el caso planteado, la sanción del delito de estafa tiene establecida una pena privativa de libertad de 5 a 7 años, por lo que el derecho afectado sería la libertad, reconocido constitucionalmente y que además, se considera como el derecho fundamental de mayor relevancia, el único que permite desarrollar los otros derechos fundamentales, analizado desde el concepto de la autodeterminación.<sup>207</sup>

Entonces podríamos decir que, proteger o contar con normativa que busca garantizar el derecho patrimonial es un objetivo completamente válido y constitucional, establecer una norma de sanción, es legítimo y proporcional, determinar la cuantía de la pena es el análisis que da paso al presente trabajo.

El ordenamiento penal establece diferentes sanciones para los delitos contra la propiedad, sin realizar una adecuada interpretación del grado de intensidad de la lesión, como ejemplo, entre el delito de estafa y abuso de confianza no encontramos de qué manera se diferencia la lesividad material, incluso, el presupuesto general para la adecuación de la conducta al tipo penal de abuso de confianza es que entre el sujeto activo y pasivo exista un nexo causal de cercanía, de amistad, y en muchos de los casos laboral. A diferencia, el delito de estafa, se lo practica generalmente dentro de negociaciones comerciales de las cuales no necesariamente previene un conocimiento del sujeto. El mismo ejemplo aplica de manera similar con los delitos analizados en el primer capítulo.

Realizando una comparación con las legislaciones latinoamericanas, encontramos que la ley penal colombiana, sanciona al delito de estafa con una pena privativa de 2 a

---

<sup>206</sup> Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional”, 160.

<sup>207</sup> Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 8, Libertad Personal, en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf>.

8 años<sup>208</sup>, la legislación peruana contempla una sanción de 1 a 6 años,<sup>209</sup> en Argentina se sanciona con una pena de 1 mes a 6 años,<sup>210</sup> y como elemento particular, el delito de abuso de confianza es uno de los elementos constitutivos del delito de estafa, es decir no son dos tipos penales distintos, realizando un tratamiento penal similar para la conducta, a diferencia de la tipificación que se realiza en Ecuador.

El tercer elemento del cual Alexy hace referencia determina si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro<sup>211</sup>. En el caso en análisis, los derechos que colisionan son, el patrimonio y la libertad personal, por lo que justificamos el nivel de intensidad y el grado de intervención de satisfacción o afectación de los derechos en confrontación.

La intervención o afectación al derecho a la libertad es grave, pues el derecho penal por sí, es la herramienta de poder más radical que tiene el Estado, en relación con otros casos, como la limitación al libre desenvolvimiento de la profesión, en los casos que se le prohíbe al funcionario público ejercer abiertamente la misma, pues su afectación sería leve, por cuanto no se lo coarta el derecho al trabajo, buscando el Estado, que los empleados públicos no distraigan el servicio social que se brinde a la ciudadanía, un servicio digno al ser humano, y que no haya conflicto de intereses.

En el caso ecuatoriano, la actual cuantía de la pena del delito de estafa, no prestaría las condiciones para aplicar proporcionalmente la sanción, toda vez que la dosimetría en razón de la intensidad del derecho afectado y la intervención del derecho en colisión no guardan relación de igualdad normativa interna ni externa, respecto a dicho análisis, Carlos Bernal Pulido, sostiene que “siempre la pena prevista debe guardar proporción con la protección del derecho que se justifique su eventual protección”<sup>212</sup>.

Confrontando al principio de proporcionalidad, Habermas ha sostenido que finalmente serán los jueces que realicen esta operación argumentativa, y que el juicio de valor estará sujeto a la discrecionalidad de posturas personales, sin embargo, no se puede

---

<sup>208</sup> Colombia, Ley Penal 599 de 2000, *Diario Oficial No.- 44097*, 24 de julio de 2000, art. 246, en [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf).

<sup>209</sup> Perú, Código Penal, *Decreto Ejecutivo No.- 365*, en [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL\\_actualizado\\_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf).

<sup>210</sup> Argentina, Código Penal de la Nación Argentina, en <https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/58d19f48e1cdebd503256759004e862f/2ebfcc293286a9d4032580a3003eaaa4?OpenDocument#:~:text=%2D%20Ser%C3%A1%20reprimido%20con%20prisi%C3%B3n%20de,cualquier%20otro%20ardid%20o%20enga%C3%B1o>.

<sup>211</sup> Alexy, “La fórmula de peso”, 16.

<sup>212</sup> Carlos Pulido, “El principio de proporcionalidad de la legislación penal” en *Argumentación jurídica*, Coord, Miguel Carbonell, (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011), 198-199.

negar que la intensidad de los principios varía en cada caso, por lo que la aplicación del principio de proporcionalidad se convierte en un método razonable a fin de poder optimizar los principios y derechos.<sup>213</sup> Entendemos que el delito de patrimonio puede generar distintos grados de afectación al derecho, provocando consecuencias leves, medianas y graves.

### **3. Propuesta de aplicación del test de proporcionalidad como mecanismo para determinar la constitucionalidad del delito de estafa en relación a la posibilidad de conciliar**

Se revisarán varias sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador, con el objetivo de analizar cuál es el método de interpretación o estructura utilizada por la Corte para el periodo de transición y la actual Corte Constitucional, al resolver las acciones de inconstitucionalidad de la norma o consulta de norma.

La Corte Constitucional en la actualidad ha resuelto varias consultas y acciones sobre la constitucionalidad de normas penales, evidenciando que en todos los casos no aplica el test de proporcionalidad, pues en su potestad interpretativa, realiza una motivación en base a los derechos y principios consultados y luego de motivar en extenso, resuelve la constitucionalidad o no de la norma, como en los siguientes casos: 1) Caso No. 14-15-CN (delito de receptación); 2) Caso No.- 8-20-CN (relativo a la sustitución de la prisión preventiva); 3) Caso 07-17-CN/19 (relativo al consumo de sustancia); 4) Caso No.- 11-20-CN, (relativo a la prescripción de la pena).

#### **3.1. Análisis de casos de aplicación del test de proporcionalidad por la Corte Constitucional de Transición y la actual Corte Constitucional. Caso No.- 0035-11-CN, Sentencia No.- 011-12-SCN-CC**

En el presente caso, la Corte conoce respecto a la constitucionalidad del artículo 606 numeral 12 del Código Penal vigente a la época de la consulta, el cual establecía que: “Serán reprimidos [...] con prisión de dos a cuatro días: [...] 12) los que permanecieren mucho tiempo y sin objeto alguno plausible, parados en las esquinas de las calles u otros lugares no destinados al recreo de los habitantes”.

---

<sup>213</sup> Alexy, “La fórmula de peso”, 16.

La Corte determina que los problemas jurídicos a resolver son dos en particular, si el dudoso artículo 606.12 del Código Penal: 1) es contrario al principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 76.2 de la CRE; y 2) si contradice lo dispuesto en la Constitución en el artículo 76. 6 respecto al principio de proporcionalidad.

Para los fines de investigación del presente trabajo, analizaremos la sentencia desde la argumentación que la Corte realizó sobre el segundo problema jurídico, esto es, si el artículo 606 numeral 12 del Código Penal, contradice el principio de proporcionalidad reconocido en la CRE, cuyo reconocimiento no se agota únicamente en la normativa constitucional, también es parte del bloque de constitucionalidad garantizado en diversos convenios internacionales como ha quedado justificado, cuyo contenido y alcance da sentido al poder punitivo del Estado por cuanto lo limita a establecer sanciones que no sean arbitrarias.

En la motivación, la Corte manifestó que “la proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos humanos [...] y significa que el daño que se produce por la imposición de una pena no puede ser mayor al daño producido por la infracción”<sup>214</sup>, lo cual tienen relación con el artículo 76.6 de la CRE, consecuentemente, el ejercicio punitivo del Estado pierde su naturaleza axiológica cuando el grado de restricción del derecho es mayor al de satisfacción del bien jurídico fundamental.

La Corte reconoce que para el desarrollo del conflicto se debe aplicar tres sub principios, el de idoneidad conocido también como adecuación por cuanto busca que todo derecho tenga como finalidad la consecución de un fin constitucionalmente válido, en el caso, la finalidad del derecho a proteger podría ser la seguridad jurídica o ciudadana, bien jurídico que se lo protege de manera abstracta, es decir, no se puede medir de qué manera se lesiona a la seguridad de los ciudadanos, por lo que la Corte considera que mediante la acción tipificada en el artículo 606.12 del Código Penal, es imposible determinar el fin constitucionalmente válido, en tal razón, “deriva en la falta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha”<sup>215</sup>.

Una vez que la Corte evidencia que la norma dudosa no contiene un fin constitucionalmente válido, se exime de continuar con el análisis de los siguientes subprincipios, estructura que es aplicable hasta la actualidad, como se evidencia en la

---

<sup>214</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 035-11-CN, de 19 de enero de 2012, 10.

<sup>215</sup> *Ibíd.*



sentencia No.- 1651-12-EP/20 que refiere: “Al haberse concluido que la sanción impuesta en la decisión judicial impugnada contravino los dos primeros elementos del examen, esta Corte considera innecesario realizar otras consideraciones en torno a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad”, y declara la inconstitucionalidad del artículo consultado.

Ahora bien, del análisis de la sentencia, resaltamos como elementos importantes para nuestro caso, los siguientes: 1) el control de constitucionalidad en concreto que se realiza a la norma, es desarrollado en base al método de interpretación aplicable en el presente trabajo investigativo, es decir, el principio de proporcionalidad, el cual busca determinar si la sanción tipificada en el art. 606.12 vulnera el derecho a la inocencia y el derecho a la proporcionalidad como garantías del debido proceso. 2) La Corte, recoge varios conceptos académicos y sentencias del propio órgano constitucional así como de la Corte IDH, referentes a los derechos fundamentales en conflicto, esto es, el derecho a la inocencia y en nuestro caso pertinente, el principio de proporcionalidad como derecho. 3) Analiza si el derecho a satisfacer, la seguridad ciudadana, estaría siendo afectado y si necesariamente requiere de la norma penal para lograr garantizar su ejercicio, o al contrario, no supera el test de proporcionalidad y consecuentemente vulnera el derecho restringido.

La Corte resuelve acertadamente que la colisión de derechos puestos a su conocimiento, no supera el test de proporcionalidad, considera que la norma penal no busca ningún fin constitucionalmente válido, determinando que no se puede seguir aplicando el test, por lo que, la estructura utilizada en la sentencia por la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, nos sirve de sustento para el desarrollo de nuestra pregunta central ya que la aplicación del principio de proporcionalidad permitirá identificar si la sanción del delito de estafa vulnera el derecho a la proporcionalidad, así como al principio de mínima intervención penal.

### **3.2. Corte Constitucional nombrada por el CPCCS, Caso No.- 34-19-IN y Acumulados (relativo a la penalización del aborto consentido en caso de mujeres víctima de violación)**

Entre julio de 2019 a noviembre de 2020, varias personas por sus propios derechos, así como, representantes legales de diversas fundaciones tales como Fundación Desafío y del Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, presentaron acciones de inconstitucionalidad del artículo 149 y 150

numeral 2 del COIP, por contravenir normativa de fondo, contenida en los artículos 66 numeral 2, 3 literal a) y b), 4, 5, 6, 9 y 10 de la CRE, y que también vulneraría tratados y convenios internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Dentro de los derechos fundamentales vulnerados estarían, a una vida digna, pues continuar con un embarazo y procreación producto de una violación constituiría una tortura; vulneración a la integridad personal en razón de su origen violento y de la amenaza de atentar contra su vida; al derecho al libre desarrollo que implica la soberanía de cada persona; afectación a la igualdad formal y material por su discriminación ya que la mujer por su condición ha permitido que los otros decidan sobre su cuerpo, ya que es a la única que se le exige cuidar o proteger a otra persona que todavía no ha nacido.

Dentro del análisis constitucional, la Corte inicia la estructura de motivación refiriéndose sobre la libertad de configuración legislativa de la Asamblea Nacional, potestad conferida en el Art. 120 numeral 6 de la CRE, y de manera particular, de conformidad con el artículo 132 numeral 2, la Asamblea deberá tipificar infracciones y las sanciones correspondientes, por ser la materia penal, reservada para el órgano legislativo: principio de reserva de ley.

La Corte, en el párrafo 100, determina que la libertad de configuración legislativa, “no es ilimitada y sin restricciones, pues debe desarrollarse sin exceder sus potestades demarcadas en la CRE”<sup>216</sup> y enmarcarse dentro del contexto de legalidad, legitimidad, constitucionalidad y de garantías constitucionales, hecho que se relaciona con el artículo 84 de la CRE que obliga al legislador a adecuar las leyes conforme a la Constitución y tratados internacionales.

Respecto a la libertad de configuración legislativa, la Corte cita el criterio de la Corte Constitucional colombiana, que refiere: “la libertad configurativa del legislador se encuentra sometida a ciertos límites establecidos por la propia constitución, de tal forma que no es una libertad omnímoda o de una discrecionalidad sin controles”<sup>217</sup>, es decir, las normas en especial la penal, deben estar en concordancia con todos las garantías que pongan límites al poder punitivo del Estado, “así el ius puniendi únicamente será compatible con los principios, valores y fines del ordenamiento, si existe una utilización

---

<sup>216</sup> Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 034-19-IN/21 y acumulados, de 28 de abril de 2021, párr. 100.

<sup>217</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No.- C-828/202 de 08 de octubre de 2002, en Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 034-19-IN/21 y acumulados, de 28 de abril de 2021, párr. 100.

medida, justa y ponderada de la coerción estatal”<sup>218</sup>, la Corte concluye que el legislador en su libre configuración de normas penales, deberá aplicar la proporcionalidad y razonabilidad para que no contravenga los principios constitucionales y convencionales.

Referente al conflicto de derechos fundamentales, la Corte analiza si la sanción penal del artículo 150 numeral 2 es una pena proporcional, al respecto, reafirma el derecho establecido en el artículo 76.2 de la CRE, el cual manifiesta que “ la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales [...]”, y a partir de aquello, desarrolla los conceptos de los derechos en conflicto como el derecho al nasciturus, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la dignidad humana, concluyendo que ningún derecho es absoluto, y que en la especie se considera que existen varios bienes jurídicos que sirvieron de sustento al legislador para la creación de la norma y de la sanción penal.

Identificados los bienes jurídicos en colisión, la Corte pasa analizar si la sanción cumple con los parámetros de idónea, necesaria y proporcional para conseguir un fin constitucionalmente válido.

La principal razón por la que una norma penal entra dentro del universo normativo, es la disuasión de la conducta, en el caso, proteger al nasciturus, la cual es una *medida constitucionalmente válida*, pero no es suficiente la constitucionalidad del bien jurídico protegido, se debe cuidar que en materia penal, el poder punitivo del Estado, no sea excesivo y arbitrario.

La Corte presenta argumentos legales, doctrinarios y de estadísticas para justificar la *idoneidad* del tipo penal, busca justificar que la sanción penal no ha sido una medida persuasiva para que las mujeres no realicen abortos voluntarios productos de una violación, de tal manera que se constituye en una norma inadecuada que genera vulneración a otros derechos constitucionales.

Respecto a la *necesidad* de la medida, la Corte determina que “existen alternativas menos gravosas para alcanzar el fin constitucionalmente protegido”, aún más cuando el derecho penal en el Ecuador se debe al principio de mínima intervención penal, donde la coerción penal no es la única vía para la solución de los conflictos, pues la privación de la libertad siempre es de última ratio.

Sobre la *proporcionalidad propiamente dicha*, La Corte considera que el “equilibrio entre el sacrificio y el beneficio” no ha permitido la anhelada disuasión de la

---

<sup>218</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C355-06, en Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 034-19-IN/21 y acumulados, de 28 de abril de 2021, párr. 100.

conducta prohibida, y no justifica lo mucho que se pierde con los derechos en conflicto, concluyendo que la sanción penal impuesta en el caso, no es proporcional y por lo tanto inconstitucional, bajo ese análisis, realizando un símil al caso investigado en el presente trabajo, los bienes jurídicos en conflictos serían, la propiedad como derecho a beneficiar, frente la libertad personal como derecho a sacrificar.

Como comentario final, cabe indicar que la sentencia cuenta con dos votos salvados, que se apartan de la sentencia de mayoría, lo pertinente a identificar es que los derechos no son absolutos, y por el principio de igualdad en jerarquía, los jueces pueden interpretar los derechos fundamentales desde sus posiciones personales y consecuentemente aplicar el método de interpretación desde la intensidad de gravedad y satisfacción que le den a los bienes jurídicos involucrados.

### **3.3. Aplicación del test de proporcionalidad conforme a los estándares jurisprudenciales en relación a la posibilidad de conciliar en el delito de estafa**

Para la aplicación del test de proporcionalidad debemos tener como presupuesto circunstancial que existan dos principios que colisionen, en el caso en análisis, los derechos en conflicto son, la libertad y la propiedad, así como, el principio de legalidad vs. el de mínima intervención penal.

Además, se desarrollará el test, desde el poder facultativo de libre configuración de normas que tiene la Asamblea, y la reserva de la ley penal, en contraste con los límites al poder punitivo que exige un sistema constitucional y garantista, como es el ecuatoriano.

Concluiremos si, la actual sanción al delito de estafa es la única vía para resolver el conflicto penal, y verificaremos la existencia de otros mecanismos menos lesivos contra los derechos en colisión, para demostrar la necesidad de la pena privativa de la libertad.

Finalmente, estableceré niveles de lesividad, conforme la propuesta de Robert Alexy, que permita justificar argumentativamente la importancia de la restricción del derecho frente al beneficio obtenido.

Ahora bien, normativamente, el órgano legislativo es el símbolo de representación democrática que tiene el estado, dentro de sus funciones están las de “expedir, codificar, reformar, y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”<sup>219</sup>, otorgando de manera amplia la potestad de crear normas y sanciones penales que tengan

---

<sup>219</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 120 numeral 6.

como objetivo la protección de los bienes jurídicos, esta reserva de ley penal es una competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, y el artículo 132 numeral 2, así lo dispone: “Se requiere de ley en los siguientes casos. [...] 2.- tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”<sup>220</sup>.

No obstante, el órgano legislativo, en su ejercicio democrático está obligado internacionalmente a respetar el principio de *no regresividad*, al respecto la Asamblea General de la OEA, ha definido a las medidas regresivas como: “todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido”<sup>221</sup>, de tal manera que, al haberse reformado la sanción penal para el delito de estafa, el legislador tenía la responsabilidad de justificar las razones de por qué se aumentaba la criminalización del delito, toda vez que dicha acción proscribió la posibilidad de aplicar la conciliación en el delito de estafa y particularmente, afectó el ejercicio del principio constitucional de mínima intervención penal, es ese sentido, en palabras de Christian Courtis, estaríamos frente a una regresividad normativa.<sup>222</sup>

Ahora bien, esta libertad de creación de leyes se desarrolla bajo dos presupuestos a indicar, por una parte la Asamblea Nacional tiene límites para la configuración legislativa, pues las leyes deben promulgarse bajo estándares de constitucionalidad y respeto de los derechos humanos; y, por otra parte, el ejercicio de la creación de leyes, inevitablemente genera la colisión de derechos, pues recordemos que las constituciones están copadas de principios que son mandatos de optimización, desarrollados desde una postura abstracta.

El problema de la colisión de derechos se incrementa cuando el legislador crea las normas infraconstitucionales, las cuales establecen en su gran mayoría reglas y procedimientos que armonizan y al mismo tiempo contradicen a los principios constitucionales, no obstante, la normativa penal en el artículo 11 numeral 4 prohíbe expresamente restringir los derechos y las garantías reconocidos en la Constitución, que se relaciona con el artículo 424 de la CRE que dispone que las normas deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, de tal manera que, la ley penal debe

---

<sup>220</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 120 numeral 6.

<sup>221</sup> Lina Victoria Parra Cortés, “Exigibilidad Política y Jurisdiccional de los Derechos Social” (tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2018), 450, [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27848/Tesis\\_linavictoria\\_parra\\_cortes\\_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27848/Tesis_linavictoria_parra_cortes_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>222</sup> *Ibíd.*, 451.

cumplir un control de constitucionalidad y convencionalidad, caso contrario vulnera el mandato constitucional.

Respecto a la libertad para la generación de normas, la Corte Constitucional del Ecuador, en Sentencia No.- 34-19-IN y acumulados, determina que esta potestad no es absoluta, debiendo limitarse para respetar los principios y valores reconocidos en la propia Constitución, velar siempre por la dignidad humana y los derechos fundamentales de manera sistemática, de tal manera que, “el ius puniendi únicamente será compatible con los principios, valores y fines del ordenamiento, si existe una utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal”<sup>223</sup>.

Por lo tanto, el legislador debe considerar los principios de proporcionalidad y razonabilidad al momento de discutir y aprobar una ley penal. Para el efecto, el criterio de proporcionalidad se relaciona con el principio de mínima intervención penal reconocido en el artículo 195 de la CRE, puesto que la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.<sup>224</sup>

La Corte IDH, se ha pronunciado respecto a la proporcionalidad entre el bien jurídico afectado y la gravedad de los hechos, los cuales deben estar en función con la pena, y ésta con el principio de mínima intervención penal, conforme así lo reconoce el referido artículo 195 de la CRE.<sup>225</sup>

Sobre la proporcionalidad y necesidad de ejercer poder punitivo, el Tribunal Constitucional Español ha establecido que: “las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado”<sup>226</sup>; por lo que no es idóneo, necesario y proporcional sancionar con una pena privativa de libertad en infracciones que pueden alcanzar el objetivo estatal mediante la aplicación del principio de mínima intervención penal y de última ratio.

Bajo estas premisas, la Asamblea Nacional deberá crear tipos y sanciones penales aplicando el principio de proporcionalidad el cual está en conexión con el principio de

---

<sup>223</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.-:34-19-IN/21 y acumulados, de 28 de abril de 2021, párr., 23-5.

<sup>224</sup> *Ibíd.*, párr., 24.

<sup>225</sup> Corte IDH, “Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, reparaciones y Costas)”, Caso de la Masacre de la rochela Vs. Colombia, 11 de mayo de 2007, párr. 196, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_163\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf).

<sup>226</sup> Tribunal Constitucional Español. Sentencia No. 53/1985, de 11 de abril de 1985.

mínima intervención penal, razonabilidad y de última ratio, que permitan solucionar los conflictos penales sin un uso excesivo y arbitrario de la condena privativa de la libertad, no hacerlo, recaerá en una norma desproporcionada y consecuentemente inconstitucional.

Ahora bien, de la revisión de las sentencias mencionadas en los anteriores subtemas, evidenciamos que la Corte Constitucional al conocer las diferentes acciones, establece preguntas o determina los problemas jurídicos a resolver, partiendo por reconocer a la proporcionalidad como un derecho constitucional que permite materializar el derecho a la dignidad humana, a la tutela judicial efectiva, al principio de legalidad, y que se encuentra establecido en el Art. 76 numeral 6 de la Constitución del Ecuador.<sup>227</sup>

Respecto de la proporcionalidad la Corte Constitucional del Ecuador ha sido clara en establecer de manera sencilla que “la proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos humanos [...] y significa que el daño que se produce por la imposición de una pena no puede ser mayor al daño producido por la infracción”<sup>228</sup>

Ahora bien, el subprincipio de idoneidad es el primer filtro por superar para que una norma y sanción penal no sea arbitraria y excesiva, en el caso del delito de estafa, el legislador haciendo un uso legítimo de su potestad creadora de leyes, ha creído conveniente y necesario proteger mediante el poder punitivo al derecho a la propiedad, el cual se encuentra garantizado en la Constitución como ya lo hemos anotado, de tal manera que tipificar la estafa, es idónea y constitucionalmente válida.<sup>229</sup>

Respecto al derecho a la propiedad, el artículo 66 numeral 26 de la CRE establece que “Se reconoce y garantiza a las personas [...] 26.- El derecho a la propiedad en todas sus formas”<sup>230</sup>, las cuales pueden ser públicas o privadas, de tal manera que criminalizar a quien vulnere el derecho a la propiedad tiene como objetivo persuadir a la ciudadanía para que no cometan esta infracción, para que respeten el bien ajeno, el trabajo, el esfuerzo con el que ha adquirido su patrimonio, así como, respete el goce y uso del derecho ajeno, que permite la construcción de una vida digna bajo el libre desarrollo de su personalidad.

La Corte IDH, en el caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, reconoce el derecho a

---

<sup>227</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76 numeral 6.

<sup>228</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.- 11-20-CN/21, de 10 de noviembre de 2021, voto concurrente Dra. Teresa Nuques, párr., 10.

<sup>229</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 numeral 26.

<sup>230</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 numeral 26.

la propiedad, y determina que: “El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales”<sup>231</sup>, sin embargo la Convención Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el derecho a la propiedad no es absoluto,<sup>232</sup> entendiéndose que tiene límites, y que bajo esa condición puede colisionar en casos concretos con otros derechos de igual jerarquía.<sup>233</sup>

Por lo que, conforme la estructura constitucional del Ecuador, garantizar el derecho a la propiedad es una obligación del Estado y un derecho legítimo de los ciudadanos, de tal manera que la Asamblea Nacional buscando un fin constitucionalmente válido, ha tipificado el delito de estafa con el objetivo de que terceras personas no afecten el patrimonio ajeno y se abstengan de vulnerar el derecho a la propiedad, constituyéndose el delito de estafa en un medio idóneo que busca persuadir a las personas para que no vulneren el bien jurídico protegido.

El derecho a la propiedad colisiona con otro derecho fundamental, como el derecho a la libertad, del cual no hay poco que decir, al contrario, es el derecho fundamental, por antonomasia, de autodeterminación, y que, en base a su ejercicio, se permite realizar otros derechos como el derecho a una vida digna, a la integridad psíquica, moral, sexual, entre otros. La Corte IDH, realiza un análisis sobre el derecho a la libertad, determinando que:

En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. [...] La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> Corte IDH, “Sentencia de 06 de mayo de 2008 (Excepción preliminar y fondo)”, Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, 06 de mayo de 2008, párr. 60-61, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/salvadorchiriboga.pdf>.

<sup>232</sup> OEA, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 21.

<sup>233</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11 numeral 6.

<sup>234</sup> Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No.- 8, Libertad Personal.



La Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconoce el derecho a la libertad, en el artículo 7 establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”, además garantiza que ninguna persona “puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones”<sup>235</sup>.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 3, señala que: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"<sup>236</sup>. En el ámbito nacional, la Corte Constitucional del Ecuador, respecto al derecho a la libertad sostiene que:

El derecho a la libertad constituye una condición y característica atribuible a todo ser humano, por el hecho de ser tal; esencia misma de la persona, que le permite elegir, dirigir y realizar su proyecto de vida, tanto en su esfera íntima como en un contexto social, sin más limitaciones que las establecidas en la constitución, la ley y los derechos de los demás. La libertad, entonces, hace posible la autodeterminación personal, así como la materialización de la voluntad en el sentido de cuándo y a dónde ir o permanecer, por ende, tiene un contenido personal, físico y de tránsito; siendo que, el Estado tiene que brindar la protección necesaria para su ejercicio.<sup>237</sup>

En el mismo sentido, mediante sentencia No.- 002-18-PJO-CC, de 20 de junio de 2018, la Corte Constitucional del Ecuador determina que:

En un contexto general y amplio, podemos indicar que el derecho a la libertad constituye una condición y característica atribuible a todo ser humano, por el hecho de ser tal; esencia misma de la persona, que le permite elegir, dirigir y realizar su proyecto de vida, tanto en su esfera íntima como en un contexto social, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución, la ley y los derechos de los demás. La libertad entonces, hace posible la autodeterminación personal, así como la materialización de la voluntad en el sentido de cuándo y a dónde ir o permanecer, por ende, tiene un contenido personal, físico y de tránsito; siendo que, el Estado tiene que brindar la protección necesaria para su ejercicio.<sup>238</sup>

Respecto al derecho a la libertad, la Corte Constitucional Colombiana, en sentencia SU350-19, de 31 de julio de 2019, determinó que “el derecho a la libertad personal es el presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos e instrumentos “primario” del ser humano para en sociedad”<sup>239</sup>, además, la Corte en

---

<sup>235</sup> OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 7.

<sup>236</sup> ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, art. 3.

<sup>237</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.-:001-18-PJO-CC, de 20 de junio de 2018, párr. 30.

<sup>238</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio No.-:002-18-PJO-CC, de 20 de junio de 2018, párr. 15.

<sup>239</sup> Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio SU-350-19, de 31 de julio de 2019, párr. 15, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU350-19.htm>.

sentencia C-276-19, definió que:

La libertad personal como la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona. En ese sentido, se trata de un presupuesto para el ejercicio de las demás libertades y derechos, pues la detención supone la restricción de las otras prerrogativas de las cuales la persona es titular.<sup>240</sup>

De tal manera que, el ejercicio de la libertad personal, no solo permite el tránsito físico y ambulatorio de la persona, pues va más allá, es el derecho fundamental por el cual se desarrolla el proyecto de vida del ser humano, es la condición para una vida digna, autodeterminada, con arreglo a la ley y dentro de un contexto social, por lo que la vía para limitarla es únicamente bajo las condiciones normativas, en la especie, la ley penal que establece una sanción para cada infracción, pero esta limitación debe ser bajo la aplicación sistemática de las normas y principios constitucionales y convencionales, es por ello que, toda sanción está sujeta al principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal.

La Corte Constitucional colombiana, determinó que al momento de creación de las normas penales, los legisladores deben observar el principio de proporcionalidad y razonabilidad, los cuales se relacionan con el principio de mínima intervención penal, siendo fundamentos axiológicos de un modelo garantista<sup>241</sup> como el ecuatoriano, de tal manera que, sancionar la vulneración a la propiedad con una pena privativa de la libertad alta como la determinada en el COIP, la cual es de 5 a 7 años, excluye la posibilidad de soluciones alternativas, volviéndola innecesaria toda vez que, dentro de los conflictos económicos la víctima busca la reparación material del daño frente a la sanción privativa.

Por qué razón consideramos que la sanción para el delito de estafa es desproporcional, pues nos basamos en dos argumentos: primero, de la revisión de las sanciones a los diferentes tipos penales que establece el COIP podemos evidenciar dos circunstancias: i.- existen sanciones menores a conductas que atentan contra el mismo bien jurídico la propiedad, como el delito de abuso de confianza, la extorsión con fines económicos, el daño a la propiedad privada, conductas que provocan un fin similar: el desmedro económico, incluso algunos con características o elementos mas gravosos que el de la estafa, como es el violación a la propiedad privada con violencia, no obstante, reciben una sanción inferior que el de la estafa, determinándose que estaríamos frente a

---

<sup>240</sup> Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, en Juicio C-276-19, de 19 de julio de 2019, párr. 26, en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU350-19.htm>.

<sup>241</sup> Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia” No. C355-06, en Ecuador Corte Constitucional, Sentencia”, en Juicio No.- 034-19-IN/21 y acumulados, de 28 de abril de 2021, párr. 107

un trato desigual, ya que conductas con el mismo fin, la lesión a la propiedad, tienen un trato sustancialmente diferente; y, ii.- a partir de la revisión del derecho comparado se evidencia que en la región latinoamericana, se ha establecido para el delito de estafa una sanción menor que la determinada en el Ecuador, siendo un segundo indicador de la desproporcionalidad de la pena.

El segundo argumento está relacionado entre los bienes jurídicos que se protege, por una parte el derecho a la propiedad, y por otro, el derecho a la libertad del victimario, se debe establecer el grado de afectación o lesión que se provoca, y para ello también realizamos una argumentación en relación a otros bienes jurídicos que protege el COIP frente a la sanción del delito de estafa, a manera de ejemplo, podemos evidenciar que la ley penal es más benigna con los delitos contra la eficiente administración de justicia tales como el delito de cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y más, los cuales tienen una sanción menor que el delito de estafa, generando en muchos casos, mayor conmoción social que una vulneración al patrimonio, por lo que, consideramos que la propiedad frente a la libertad, siempre será considerada desproporcional, y deberá usarse la restricción únicamente si no existe otro mecanismo que preste mejores condiciones.

Además, la sanción penal actual para el delito de estafa, no ha justificado su objetivo, disuadir a las personas para que no realicen la infracción contra la propiedad, al contrario, en la práctica se ha justificado que las víctimas, sienten justicia cuando por intermedio del aparato judicial han logrado resarcir el daño económico, tal como lo ejemplifico mediante el proceso penal público No.- 17282-2019-03525, que por el delito de estafa se formuló cargos en contra del ciudadano extranjero Tiencheu Appolinaire Tchamandjeu, quien durante la instrucción fiscal llegó a conciliar con la víctima, y por lo que en la audiencia de juicio, Fiscalía alegó que:

Consideraba que se estaba desnaturalizando el delito por cuanto el bien jurídico afectado había desaparecido, por lo que la conducta no cumplía con todos los elementos del tipo penal, por lo que fiscalía no encontraba argumento para justificar que se cumpliera con el delito de estafa [...] y que bajo las finalidades que tiene el proceso penal efectivamente no solo debe ser el castigo sino también la reparación integral y que en este momento no existiría víctima por lo cual tampoco sería para la fiscalía coherente hacer una acusación en este sentido por lo cual se abstiene de acusar.<sup>242</sup>

El Tribunal de Garantías Penales, en la parte considerativa refiere que Fiscalía ha desnaturalizado la estructura del delito, por cuanto considera que si habría, no obstante,

---

<sup>242</sup> Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, “Sentencia”, en Juicio No.- 17282-2019-03525, de 01 de febrero de 2021.

en razón de que la víctima ha sido reparada en el daño, y de conformidad con lo determinado en el artículo 609 del COIP ratifica el estado de inocencia del procesado.

En la resolución podemos evidenciar que Fiscalía se ve forzado a declinar de su acusación, desconociendo el principio de legalidad y seguridad jurídica, toda vez que la norma penal prohíbe la conciliación en el delito de estafa, y de manera indirecta reconoce esa conciliación entendiendo que la reparación material del daño ha revocado la lesión y por lo tanto el elemento objetivo de tipo penal.

Los jueces, se encontraban en la obligación legal de ratificar la inocencia por no existir acusación fiscal, siendo éste el titular de la acción penal pública, no obstante podían llamarle la atención a Fiscalía y que se remita a control disciplinario la causas, o peor aún, declarar un error inexcusable, sin embargo, se evidencia que los jueces aceptan indirectamente la decisión fiscal y ratifican, sin más, la inocencia del procesado, generando ante ese Tribunal, inseguridad jurídica en razón de poder aplicar el mismo procedimiento, abstención fiscal-inocencia, y oscuridad de la ley para los sujetos procesales.

Lo cierto es, que la desproporcionalidad de la sanción penal para el delito de estafa ocasiona que los sujetos procesales no puedan realizar una salida pacífica, la cual se presenta como una alternativa efectiva para alcanzar el fin constitucionalmente válido.

Al respecto, la Corte IDH determina que las medidas alternativas permiten alcanzar el fin legítimo perseguido, en la especie, la protección al derecho a la propiedad, precisando la mayor o menor lesividad de los derechos en conflicto, el derecho a la libertad,<sup>243</sup> consecuentemente, la sanción actual establecida en el COIP no supera el subprincipio de necesidad y por lo tanto es inconstitucional al vulnerar el principio de proporcionalidad, así como el de mínima intervención penal y el de última ratio.

Sobre la proporcionalidad propiamente dicha, exige analizar el equilibrio entre el sacrificio y la restricción, y se ha evidenciado que entre satisfacer el derecho al patrimonio y restringir el derecho a la libertad bajo las condiciones actuales que establece el COIP, no justifica que esa medida haya logrado una disuasión de la conducta prohibida, y no justifica lo mucho que se pierde con los derechos en conflicto, de manera particular sobre el derecho a la libertad, como en el caso No.- 17282-2019-03525, donde el ciudadano extranjero Tiencheu Appolinaire Tchamandjeu, estuvo en un centro carcelario desde el

---

<sup>243</sup> Corte IDH, “Sentencia de 02 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Kimel Vs. Argentina, 02 de mayo de 2008, párr. 71. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf).

25 de diciembre de 2019 hasta el 07 de octubre del 2020, es decir durante 10 meses sufrió la aflicción de una cárcel que no presta ninguna condición para llevar una vida digna, limitada, pero decente, hecho que pudo ser resuelto en 30 días, a través de una salida alternativa, por lo que la sanción penal conforme se encuentra determinada es desproporcional y por lo tanto inconstitucional.

Una vez que se constató la desproporcionalidad de la sanción del delito de estafa, surge el último elemento sobre el cual reflexionar, ¿qué tipo de sentencia debe emitir la Corte Constitucional para modificar la norma?, si su alcance es unilateral o bilateral, y si dentro de su potestad podría a más de declarar la desproporcionalidad de la sanción, modificarla o no, o a su vez exhortar al Legislador para que ellos reformen la norma penal.

La Corte Constitucional tiene dos maneras de dar respuestas a la inconstitucionalidad de una norma, una de ellas son las sentencias unilaterales que se aplican “cuando el propio órgano constitucional hace frente directamente al problema de inconstitucionalidad de la ley [...] sin que le sea necesario acudir al legislador, son aquellas que modifican algún elemento de la ley, resolviendo por sí mismas la inconstitucionalidad”<sup>244</sup>, en relación a esta investigación, se podría emitir una sentencia manipulativa, a fin de mantener el tipo penal, ya que el mismo no es sujeto de inconstitucionalidad, pero modulando o cambiando únicamente la sanción.

No obstante, la iniciativa constitucional positiva de la Corte, está sujeta a un doble control en materia penal, ya que conforme el artículo 132 numeral 2, es de exclusividad de la Asamblea tipificar las infracciones y sanciones correspondientes, bajo el principio de reserva de ley, por lo que, al no declararse la inconstitucional de toda la norma, sino únicamente la desproporcionalidad de la sanción, se debería no crear libremente este tipo penal con su correspondiente sanción, sino emitir una sentencia bilateral.

La segunda opción se presenta cuando, la Corte Constitucional vincula por medio de su sentencia al Legislador, exhortando su colaboración para resolver la inconstitucionalidad de la norma, es decir, la Corte declara la inconstitucionalidad, pero no la repara de manera directa, el dilema que presenta este tipo de sentencias, es que la disposición o resolución no es de cumplimiento obligatorio para el Legislador, ya que se las considera simples recomendaciones<sup>245</sup>.

Por lo que, la vía que más se ajusta a los principios democráticos de libre

---

<sup>244</sup> Marcelo Guerra, *La Corte Constitucional, ¿guardiana o dueña de la Constitución?* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2020), 73.

<sup>245</sup> *Ibíd.*, 82

configuración de las leyes, sería modificar la sanción penal mediante el ejercicio activo del Legislador, acogiendo las recomendaciones de la Corte Constitucional, no obstante, en la actualidad, se ha evidenciado la postura iniciativa de modificación de normas por parte de la Corte Constitucional, entendiendo que en sus amplias facultades cuenta con la potestad de manipular en parte al delito de estafa y establecer la debida proporcionalidad de la sanción.<sup>246</sup>

---

<sup>246</sup> Marcelo Guerra, *La Corte Constitucional, ¿guardiana o dueña de la Constitución?*, 73.

## Conclusiones

Los instrumentos internacionales reconocen y sugieren a los estados partes, implementar procedimientos especiales de solución de conflictos, tal como lo es, la conciliación penal, en esa línea de cumplimiento, en el COIP se desarrolló la figura procesal de la conciliación penal como instrumento de resolución de conflictos, sin embargo, establece límites y requisitos ambiguos que de manera particular, excluye al delito de estafa de la aplicación de la conciliación.

El Ecuador, al ser un estado plurinacional, constitucionalizó a la justicia indígena, por lo que permite que la conciliación penal sea uno de los mecanismos para lograr una justicia restaurativa, método ancestral que ha sido aplicado por nuestras comunidades y que les ha permitido desarrollarse en una vida armónica, a diferencia de la justicia retributiva, que ha incrementado la violación a los derechos humanos, de manera especial, sobre las personas privadas de la libertad, derivada del hacinamiento carcelario, justificándose la relevancia de aplicar mecanismos alternativos de solución de conflictos.

La conciliación penal no se limita al resarcimiento económico como único fin procesal, al contrario, tiene un objetivo que está en armonía con el estado constitucional y garantista que opera en el Ecuador, tal es así, que permite que la justicia sea eficiente, genera un menor coste administrativo para el Estado, reduce el hacinamiento carcelario, y uno de los aspectos relevantes, establece límites al poder punitivo del Estado por cuanto la víctima y el victimario toman un rol protagónico en el proceso, cambiando la dinámica Estado-procesado, para introducir una justicia dialógica entre los verdaderos partícipes del delito: la víctima, el procesado y la comunidad.

Además, la justicia restaurativa, no debe estar limitada al tiempo de la sanción penal, debe ser amplia y extensa, sobre todo congruente con los hechos y los fines de la víctima, es decir, proporcionales con la infracción, por lo que se debe diferenciar al delito de estafa ordinario del agravado, como lo es la estafa masiva.

El Código Orgánico Integral Penal, incrementó sin justificación fáctica la sanción del delito de estafa en relación con la pena establecida en el derogado Código Penal, de tal manera que, extralimitaron su potestad democrática de libre configuración y creación de leyes, pues la protección negativa que existe sobre el delito de estafa es mayor frente a otros bienes jurídicos, hecho que se justificó mediante la tabla comparativa de delitos, uno de estos ejemplos es la sanción del delito contra la administración pública, puesto que la sanción de la estafa supera con más de un año al delito de cohecho, concusión, el

tráfico ilícito de influencias, entre otros, de tal manera que se evidencia que la política criminal establecida por el Estado ha determinado un grado de afectación erróneo.

La sanción actual del delito de estafa no guarda relación normativa con el derecho comparado, que si bien es cierto no es de cumplimiento obligatorio establecer normas regionales, ellas nos dan luces acerca de la dosimetría estandarizada a aplicar, pues países como Colombia y Argentina sancionan al delito de estafa con pena de 1, 2 y hasta 6 años de privación de libertad, mientras que en Ecuador la sanción es de 5 a 7 años de prisión, evidenciándose que, conforme el desarrollo actual, la pena es desproporcional, y sobre todo, tiene consecuencias directas sobre la aplicación del delito de estafa, ya que por esa desproporcionalidad, lo excluye de la posibilidad de resolver el conflicto mediante la conciliación penal.

Al prohibirse la aplicación de la conciliación para el delito de estafa, el Legislador no valoró varios principios constitucionales y penales, como el principio de lesividad, siendo un elemento principal dentro de las categorías dogmáticas del delito, ya que no se analiza que la estafa, por su naturaleza jurídica es uno de los bienes jurídicos que puede ser resarcido de manera efectiva mediante la conciliación, a diferencia de otros tipos penales como la integridad personal, la seguridad del estado, entre otros.

El test de proporcionalidad se presenta como un método de interpretación que permite a la Corte Constitucional resolver colisiones de derechos, pues los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, justifican argumentativamente el fin constitucionalmente válido, el medio para garantizar el bien jurídico, las alternativas con las que se cuenta para obtener dicho fin, así como determina el grado de afectación y beneficio de los derechos en conflicto, de tal manera que, el COIP, al proteger el derecho a la propiedad únicamente con la represión carcelaria, establece una sanción penal desproporcional en relación a la infracción.

Si bien es cierto, el derecho a la propiedad se encuentra garantizado en instrumentos internacionales, en la Constitución del Ecuador, así como jurisprudencialmente, por lo que establecer sanciones para su protección son totalmente legítimas, no obstante, con la misma protección convención y legal se protege al derecho restringido o en colisión: la libertad, del cual su ejercicio es considerado por antonomasia como el derecho del hombre, por lo que, puede ser limitado, siempre y cuando, esa restricción sea proporcional y razonable, concluyendo que la protección del delito de estafa es constitucional, siempre y cuando, sea proporcional a la sanción establecida, y en



relación al delito de estafa, ésta no tiene una dosimetría coherente frente a otros tipos penales.

Conforme el principio de mínima intervención penal, el COIP debe proponer mecanismos menos lesivos que la privación a la libertad, siendo la conciliación penal, un instrumento idóneo que permite la reparación del daño de una manera directa y efectiva, sin embargo, la actual pena privativa de la libertad no permite que este delito se resuelva mediante este instrumento procesal, por lo que, luego de aplicar el test de proporcionalidad, evidenciamos que no supera el subprincipio de necesidad, consecuentemente la sanción deviene en desproporcional y por lo tanto inconstitucional.

De la investigación realizada en el presente trabajo, concluyo que la actual sanción del delito de estafa resulta ser desproporcionada, ya que el derecho afectado no cumple con los justificativos técnicos jurídicos para tener una pena alta, a partir de una comparación de tipos penales, no tiene simetría jurídica con el contexto de las demás normas establecidas en el COIP, incluso, bienes jurídicos de mayor relevancia y alarma social tienen penas más benignas, finalmente, existe un mecanismo alternativo para solucionar el delito de estafa, incluso de una manera más efectiva que el procedimiento ordinario como lo es la conciliación penal, consecuentemente es inconstitucional por vulnerar el principio de mínima intervención penal y de manera particular el debido proceso en la garantía de la proporcionalidad .



## Bibliografía

- Aguado, Teresa. “El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal, especial consideración de los delitos de peligro abstracto”. En *El principio de proporcionalidad Penal*, dirs. Juan Lascuraín, Maximiliano Rusconi, 25-42. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.
- Alexy, Robert. “La fórmula de peso”. En *Argumentación jurídica*, Coord. Miguel Carbonell, 5-20. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- Argentina, *Código Penal de la Nación Argentina*. T.O. 1984 actualizado.
- Ávila, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la constitución del 2008*. Quito: Editorial Abya Yala, 2011.
- . “El principio de legalidad Vs. El principio de proporcionalidad”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell. Quito: Ministerios de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- . *En defensa del neoconstitucionalismo andino*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- . *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales S.A., 2013.
- Ayala, Enrique. “El derecho ecuatoriano y el aporte indígena”. En *Justicia Indígena aportes para un debate*, compilador Judith Salgado. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2002.
- Beccaria, Cesare. “Tratado de los delitos y de las penas”. En *Tratado de las Casas*, Ed. Joachin Ibarra. Madrid: Impresor de Cámaras, 1774.
- Bermeo Arcos, Pedro. “Dosimetría Penal: la arbitrariedad normativa y práctica”. Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6904/1/T2978-MDPE-Bermeo-Dosimetria.pdf>.
- Bernal, Carlos. “El principio de proporcionalidad de la legislación penal”. En *Argumentación jurídica*, coord. Miguel Carbonell. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011.
- . “La racionalidad de la ponderación”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.

- Bovino, Alberto. “La participación de la víctima en el procedimiento penal”. En *Derecho, procesal penal y victimología*, dir. Luis Miguel Reyna. Mendoza: Ediciones Cuyo, 2003.
- Carbonell, Miguel. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- Carrasco Yépez, Carlos Eduardo. “Análisis fáctico objetivo al elemento engaño dentro de la estafa en el Ecuador”. Tesis pregrado, Universidad Católica del Ecuador, 2014, <http://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/934>.
- Castiñeira, María. “Three Strikes”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- Clérico, Laura. “El examen de proporcionalidad: Entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- Colombia. *Ley Penal 599 de 2000*. Diario Oficial No.- 44097, 24 de julio de 2000.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia, en Juicio C-276-19, de 19 de julio de 2019”. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-276-19.htm>
- . “Sentencia, en Juicio SU-350-19, de 31 de julio de 2019”. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU350-19.htm>.
- Córdova, Paúl. *Justicia dialógica para la última palabra, por una argumentación deliberativa entre los Jueces, la ciudadanía, y las Cortes*. Quito: CEP, 2017.
- Corredor, Manuel. “El delito de estafa”, En *Lecciones de derecho penal, parte especial*, coord. Jaime Bernal, 342-68. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado, 2018.
- Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia No. C355-06”. En *Ecuador Corte Constitucional, Sentencia, en Juicio No.- 034-19-IN/21 y acumulados*, de 28 de abril de 2021. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>.
- Corte Constitucional del Ecuador. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 8, Libertad Personal*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf>.

- . *Sentencia No. 14-15-CN/19, caso No. 14-15-CN*, de 14 de mayo de 2109. [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Boletin300519/Sustanciacion/14-15-CN-19%20\(14-15-CN\).pdf](https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Boletin300519/Sustanciacion/14-15-CN-19%20(14-15-CN).pdf).
- . *Sentencia No. 14-19-CN/20, caso No. 14-19-CN*, de 12 de agosto de 2109. <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=14-19-CN/20>.
- Corte IDH. “Sentencia de 02 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Kimel Vs. Argentina*. 02 de mayo de 2008. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf).
- . “Sentencia de 06 de mayo de 2008 (Excepción preliminar y fondo)”. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. 06 de mayo de 2008. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/salvadorchiriboga.pdf>.
- . “Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, reparaciones y Costas)”. *Caso de la Masacre de la rochela Vs. Colombia*. 11 de mayo de 2007. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_163\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf).
- . “Sentencia de 15 de febrero de 2017, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador*. 15 de febrero de 2017. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_332\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_332_esp.pdf).
- Cruz Rueda, Elisa. “Principios Generales del Derecho Indígena”. En *Ecuador Corte Constitucional*. Sentencia, en Juicio No.- 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014, No. 113-14-SEP-CC.
- Cuello, Melba. “Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto”. Tesis maestría, Universidad Santo Tomas de Colombia, 2017. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10756/2018Cuellomelba.pdf?seque>.
- De Souza, Bonaventura. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce-Extensión, 2010.
- . *La justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2012.
- Parra Cortés, Lina Victoria. “Exigibilidad Política y Jurisdiccional de los Derechos Social”. Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2018 <https://e->

[archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27848/Tesis\\_linavictoria\\_parra\\_cortes\\_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27848/Tesis_linavictoria_parra_cortes_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

- Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo del 2009.
- . *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica de la Función Legislativa*. Registro Oficial Suplemento 642, de 27 de julio de 2009.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En Juicio No.- 11-18-CN-19, de 12 de junio de 2019.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 11-20-CN/21, voto concurrente Dra. Teresa Nuques. 10 de noviembre de 2021.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 34-19-IN/21. 28 de abril de 2021.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 034-19-IN/21 y acumulados. 28 de abril de 2021.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 035-11-CN. 19 de enero de 2012.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 113-14-SEP-CC. 30 de julio de 2014.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 240-18-SEP-CC. 04 de julio de 2018.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 376-20-JP/21. 21 de diciembre de 2021.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 456-20-JP/21. 10 de noviembre de 2021.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 001-18-PJO-CC. 20 de junio de 2018.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 002-18-PJO-CC. 20 de junio de 2018.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 04-19-EP/21. 21 de junio de 2021, 17.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 108-15-SEP-CC. 08 de abril de 2015, 7.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- 987-15-EP/20. 18 de noviembre de 2020.

- . “Sentencia”. En Juicio No.- 002-08-SI-CC. 10 de diciembre de 2008.
- . “Sentencia”. En Juicio No.- C-828/202. 08 de octubre de 2002.
- Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Pichincha. “Sentencia”. En Juicio No.- 17282-2019-03525. 01 de febrero de 2021.
- Encalada, Pablo. *Teoría Constitucional del Delito*. Quito: Centro de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Fleming, Abel. *Garantías del imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- Griffiths, Jhon. *Pluralismo jurídico e interlegalidad*. Lima: Centro de Investigación y capacitación, 2014.  
<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Pluralismo%20juridico%20e%20interlegalidad%20Textos%20esenciales.pdf>.
- Guerra, Marcelo. *La Corte Constitucional, ¿guardiana o dueña de la Constitución?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2020.
- Hornle, Tatjana. “Distribución de la pena: el papel desde una perspectiva de la víctima”. En *Derecho, procesal penal y victimología*, dir. Luis Miguel Reyna. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.
- Jauchen, Eduardo. *Proceso penal sistema acusatorio adversarial*. Buenos Aires: Editores Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Lopera, Gloria. “Principio de proporcionalidad y control constitucional”. En *Argumentación jurídica*, coord, Miguel Carbonell. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011.
- . Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- López Cuellar, Nelcy. *Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo*. Bogotá: Editorial Universitaria del Rosario, 2016.
- Luzón, Diego. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Macías, María del Refugio. *La justicia restaurativa en el Derecho Internacional Público y su relación con la justicia transicional*. Accedido 30 de enero de 2022.  
<http://revistas.ustabuca.edu.co/index.php/IUSTITIA/article/view/2084>.
- Martínez, Margarita. *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Madrid: Editorial Reus, 2011.

- McCold, Paúl. *La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias. Delito y Sociedad*. Accedido 5 de marzo de 2021. <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/DelitoYSociedad/article/download/5529/8264>.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- OEA Organización de los Estados Americanos. *Convención Interamericana contra la Corrupción*. 29 de marzo de 1996.
- ONU Asamblea General. *Convención sobre los Derechos del niño*. 20 de noviembre de 1989. A/RES/44/25.
- . *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito*. 29 de noviembre de 1985. A/RES/40/34.
- . *Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder*. 29 de noviembre de 1985. A/RES/40/34.
- . *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948.
- . *Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa*. 16 al 25 de abril de 2002. E/CN.15/2002/5/Add.1. <https://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf>.
- . *Declaración de Bangkok de 2005*. 18 al 25 de abril de 2005. Adoptada en el 11° Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, [https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/11Congress/ACONF203\\_18\\_s\\_V0584412.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/11Congress/ACONF203_18_s_V0584412.pdf).
- . *Manual Sobre Programas de Justicia Restaurativa*. 30 de enero de 2006. [https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual\\_de\\_Justicia\\_Restaurativa\\_1.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_de_Justicia_Restaurativa_1.pdf).
- . *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*. 14 de diciembre de 1990, RES/45/110. <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>.
- Ortiz, Freddy. *La conciliación extrajudicial*. Lima: Editorial San Marcos, 2002.
- Ortiz, Ximena. *Justicia Indígena aportes para un debate, compiladora Judith Salgado*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2002.
- Perú. *Código Penal*, Decreto Ejecutivo No.- 365. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL\\_actualizado\\_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf).



- Restrepo, Clemencia. “Es el derecho patrimonial un derecho fundamental”.  
<https://www.google.com/search?q=el+derecho+patrimonial+como+derecho+fundamental&sxsrf>.
- Reyna Alfaro, Luis. “La problemática de la víctima en el Derecho penal: reflexiones a propósito de la criminalidad informática”. En *Derecho, procesal penal y victimología*, dir. Luis Miguel Reyna. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- Rodríguez, Felipe. *Curso de derecho penal Parte General*, Tomo II. Quito: Editora Cevallos: 2021. Quito: Editorial Cevallos, 2021.
- Rodríguez, Gabriela. *Resolución alternativa de conflictos penales, mediación de conflicto, pena y consenso*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000.
- Rodríguez, Pedro. *Estafa y otras defraudaciones*.  
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpccomentado/cpc37767.pdf>.
- Rose, Ruper. “Dancing With a Ghost”. En *En defensa del neoconstitucionalismo andino*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.
- Sánchez Gil. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editor Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- Sánchez Tomás, José. “El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea”. En *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, coord. Margarita Martínez Escamilla. Madrid: Editorial Reus, 2011.
- Santa Cruz Melgarejo, Pamela Nicole. «"El acceso a la justicia de las mujeres quechuas víctimas de violencia de género que no acceden a Políticas Sociales en el Municipio de Arani, Estado Plurinacional de Bolivia”». Tesis de Maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Argentina, 2019.  
<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/15568/2/TFLACSO-2019PNSCM.pdf>.
- Schijvarger, María. *Criminología y derecho penal*. 3:16, Perspectivas. Argentina: Universidad Nacional de la Pampa, 2013.  
<https://repo.unlpam.edu.ar/bitstream/handle/unlpam/4105/v03n1a12schij.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Silva, Jesús. Aproximación al derecho penal. Barcelona: Editorial Bosch, 1992.
- Tribunal Constitucional Español. *Sentencia 53/1985*. 11 de abril de 1985.

- Vaca, Carlos. *Derecho penal y multiculturalidad: La justicia indígena en el estado constitucional ecuatoriano*. Quito: Grupo Editorial ONI, 2016.
- Villanueva, Javier. *El principio de oportunidad, justicia restaurativa, transicional y transaccional, en el sistema penal acusatorio*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2011.
- Villaverde, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”. En *Argumentación jurídica*, coord., Miguel Carbonell. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011.
- Zaffaroni, Eugenio. “La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional Cesare Beccaria y la Política Criminal Moderna, Milán, 15 a 17 de diciembre de 1988. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1989-20052100552](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1989-20052100552).
- . *Manual de derecho penal*. Parte General. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2006.
- Zambrano, Alfonso. “Derecho penal, parte especial”. En *Tesis, Carlos Carrasco*. Tesis maestría, Universidad Católica del Ecuador, 2014.
- Zavala, Jorge. *Apuntes sobre Neoconstitucionalismo*. Guayaquil: Editorial Santiago de Guayaquil, 2009.