



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE
DE GUAYAQUIL**

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

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

TEMA

**VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, EL
PASADO JUDICIAL DENTRO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL
DE LA PENA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP)**

TUTOR

ABG. CARLOS PÉREZ LEYVA, MSC.

AUTORA

VALENTINA MICHELLE ROSALES VERA

GUAYAQUIL

2022

REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA	
FICHA DE REGISTRO DE TESIS	
<p>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</p> <p>Vulneración de los derechos constitucionales, el pasado judicial dentro de la suspensión condicional de la pena del código orgánico integral penal (COIP)</p> <p>La suspensión condicional de la pena y la valoración de los requisitos del artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal en el delito de phishing.</p>	
<p>AUTOR/ES:</p> <p>Rosales Vera Valentina Michelle</p>	<p>REVISORES O TUTORES:</p> <p>Abg. Carlos Pérez Leyva, Msc.</p>
<p>INSTITUCIÓN:</p> <p>Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil</p>	<p>Grado obtenido:</p> <p>Abogado De Los Tribunales De La República Del Ecuador</p>
<p>FACULTAD:</p> <p>CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO</p>	<p>CARRERA:</p> <p>DERECHO</p>
<p>FECHA DE PUBLICACIÓN:</p> <p>2022</p>	<p>N. DE PAGS:</p> <p>119</p>
<p>ÁREAS TEMÁTICAS: Derecho</p>	
<p>PALABRAS CLAVE: Sanción penal, prisión, protección de datos, discriminación, libre circulación.</p>	

RESUMEN:

La vulneración de derechos constitucionales en la figura del pasado judicial dentro de la suspensión condicional de la pena prevista en la norma penal ecuatoriana, precisamente en la valoración de los antecedentes tipificados en el numeral 3 del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal puede incurrir en discriminación de acuerdo a la regla constitucional prevista en el artículo 11 numeral 2 de la Norma Suprema. El phishing como delito informático normado en el artículo 230 del COIP cumple con las condiciones para que la persona procesada solicite la libertad condicional, le corresponde al juez valorar los requisitos del artículo 630 ibidem, particularmente sobre el numeral 3, los antecedentes regulados en dicho precepto se analizan en función de las reglas de la sana crítica, no existe una definición clara de los antecedentes personales, sociales y familiares y cuál es su alcance y sobre todo la importancia o el peso que tiene al momento de que el juez valore si concede o no la suspensión de la pena. Este proyecto ha establecido que para evitar que los jueces penales incurran en discriminación deben fundamentarse en la lógica, las ciencias, las artes afines y la experiencia que tienen como profesionales, valorando tales antecedentes de manera objetiva, sin vulnerar derechos constitucionales como lo es invocar el pasado judicial.

N. DE REGISTRO (en base de datos):**N. DE CLASIFICACIÓN:****DIRECCIÓN URL (tesis en la web):****ADJUNTO PDF:**SI NO **CONTACTO CON AUTOR/ES:**

Rosales Vera Valentina Michelle

Teléfono:

0961875026

E-mail:valentinarosalesmv@gmail.com**CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN:**

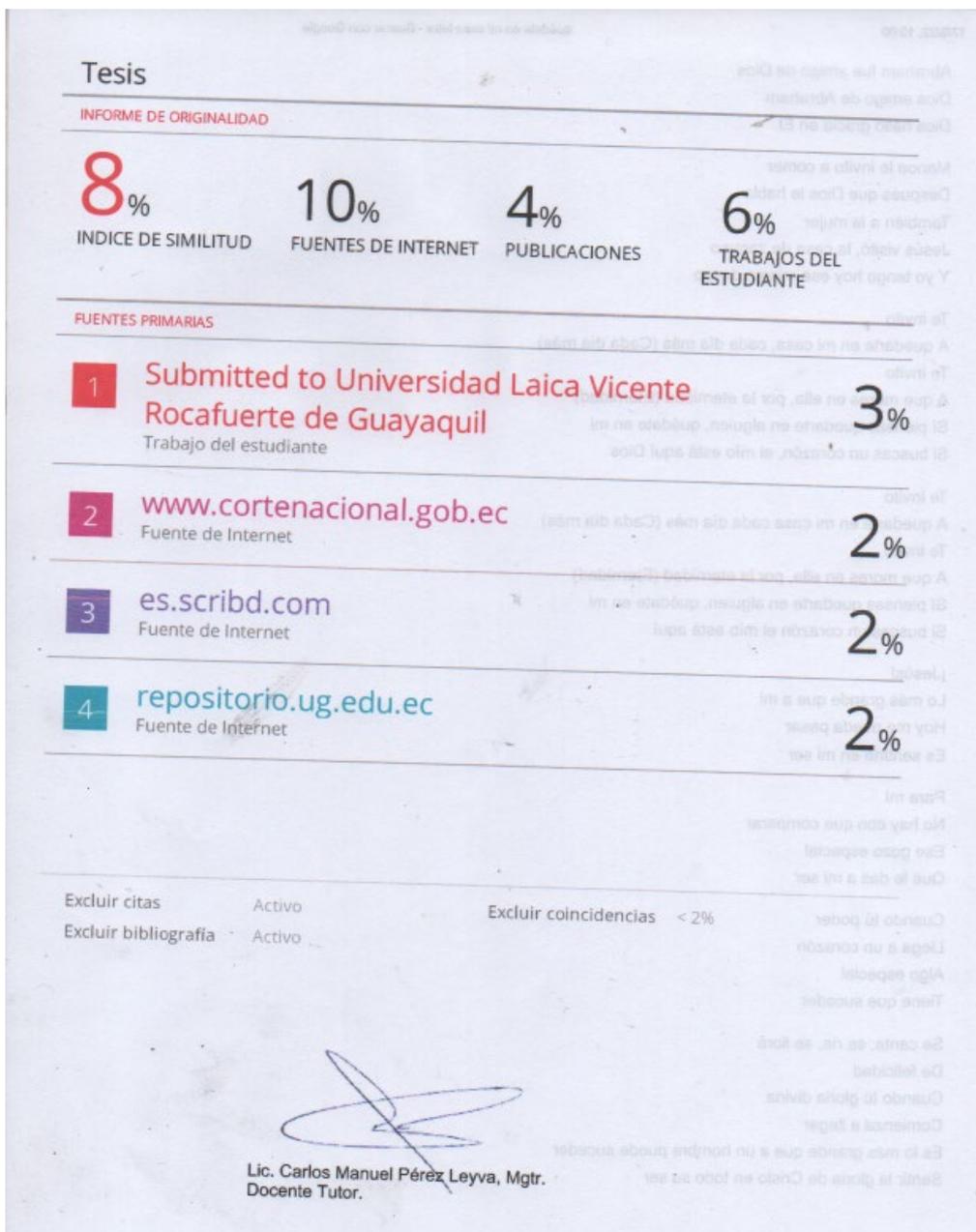
Msc. Diana Almeida Aguilera (Decano)

Teléfono: 2596500 Ext. 250**E-mail:** Dalmeidaa@ulvr.edu.ec

Msc. Cristina Franco Cortázar (directora de Carrera)

Teléfono: 25965000 Ext. 223**E-mail:** cfrancoc@ulvr.edu.ec

CERTIFICADO DE ANTIPLAGIO ACADÉMICO



ABG. CARLOS MANUEL PÉREZ LEYVA, MSC

C. C. 0959923517

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES

La estudiante egresada VALENTINA MICHELLE ROSALES VERA, declara bajo juramento, que la autoría del presente proyecto de investigación, VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, EL PASADO JUDICIAL DENTRO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP), corresponde totalmente a la suscrita y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo los derechos patrimoniales y de titularidad a la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establece la normativa vigente.

Autora

Firma: _____



VALENTINA MICHELLE ROSALES VERA

C.I. 0928815851

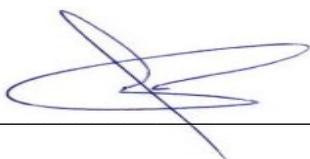
CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Proyecto de Investigación VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, EL PASADO JUDICIAL DENTRO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP) designada por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho de la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil.

CERTIFICO:

Haber dirigido, revisado y aprobado en todas sus partes el Proyecto de Investigación titulado: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, EL PASADO JUDICIAL DENTRO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP) presentado por la estudiante VALENTINA MICHELLE ROSALES VERA como requisito previo, para optar al Título de Abogado de los Tribunales de la República, encontrándose apto para su sustentación.

Firma:



ABG. CARLOS MANUEL PÉREZ LEYVA, MSC

C. C. 0959923517

AGRADECIMIENTO

Agradezco primero a Dios por ser mi guía en todo este arduo camino, que nunca me dejó rendirme, a mis padres, mi hermano, mis abuelos y a la persona que ya no se encuentra en mi vida, pero que me ayudó a llegar hasta el final.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a uno de mis motores principales de superación que es mi madre, pues sin ella no lo habría logrado. por eso te doy mi trabajo en ofrenda de tu paciencia y amor madre mía. Te amo.

También a esa persona que se encuentra ausente físicamente en mi vida, agradecerle por todo lo bueno y lo malo, pero que gracias a él me encuentro dedicándole este logro.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN.....	xv
ABSTRACT	xvi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	2
DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	2
1.1 Tema	2
1.2 Título.....	2
1.3 Planteamiento del problema.....	2
1.4 Formulación del problema	5
1.5 Sistematización del problema	6
1.6 Objetivo General.....	6
1.7 Objetivos específicos	6
1.8 Justificación de la investigación	7
1.9 Delimitación del problema.....	9
1.10 Idea a defender.....	10
1.11 Línea de investigación institucional / de la facultad.....	10
CAPÍTULO II.....	11
MARCO TEÓRICO	11
2.1 Marco teórico	11
2.1.1 Antecedentes de la suspensión condicional de la pena en el Ecuador.....	11
2.1.2 Teoría del delito y de la pena	15

2.1.3	Teoría mixta o de la unión de Claus Roxin	16
2.1.4	El principio de necesidad: la pena es el fin último del derecho penal.....	17
2.1.5	El principio de humanidad: La pena no puede afectar la dignidad del reo19	
2.1.6	Sustitución de la pena y la suspensión condicional de la ejecución de la pena 20	
2.1.7	El delito de phishing como parte de la interceptación ilegal de datos personales y bancarios: Generalidades.....	25
2.1.8	Desarrollo de phishing en el Ecuador: Aspectos relevantes.....	27
2.2	Marco conceptual.....	31
2.2.1	Antecedentes familiares.....	31
2.2.2	Antecedentes personales.....	31
2.2.3	Antecedentes sociales	32
2.2.4	Derecho penal informático	32
2.2.5	Discriminación	32
2.2.6	Mínima intervención penal.....	32
2.2.7	Pasado judicial.....	32
2.2.8	Pharming.....	33
2.2.9	Phishing	33
2.2.10	Suspensión condicional de la pena	33
2.3	Marco legal	33
2.3.1	Declaración Universal de Derechos Humanos	33
2.3.2	Constitución del Ecuador	35

2.3.3	Código Orgánico Integral Penal	38
2.3.4	Código Civil	43
2.3.5	Jurisprudencia.....	44
a.	Suspensión condicional ¿se debe tomar en cuenta la pena en concreto o en abstracto?.....	44
b.	La Corte Provincial puede resolver el pedido de suspensión condicional de la pena privativa de libertad	45
c.	Suspensión condicional de la pena por el tribunal de apelación.....	45
d.	Cálculo del tiempo para la petición de suspensión condicional de la pena	46
e.	Resolución no. 02-2016 en el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional	48
f.	Suspensión condicional de la pena privativa de libertad en las contravenciones	48
2.3.6	Derecho comparado.....	49
CAPÍTULO III		52
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....		52
3.1	Metodología.....	52
3.1.1	Método del nivel teórico: inductivo – deductivo	52
3.1.2	Método descriptivo.....	53
3.1.3	Método sistemático	53
3.2	Tipo de investigación.....	54
3.2.1	Investigación bibliográfica o documental	54

3.2.2	Investigación correlacional	54
3.2.3	Investigación descriptiva – explicativa	55
3.3	Enfoque	55
3.4	Técnica e instrumentos	55
3.4.1	Entrevista.....	55
3.4.2	Encuesta	56
3.5	Población y muestra.....	57
3.6	Análisis de las entrevistas	58
3.7	Análisis de las encuestas.....	76
CONCLUSIONES.....		86
RECOMENDACIONES		88
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		89
ANEXOS.....		96

ÍNDICE DE TABLAS

<i>Tabla 1: Definición de universo de población</i>	57
<i>Tabla 2: Entrevista nro. 1</i>	58
<i>Tabla 3: Entrevista nro. 2</i>	61
<i>Tabla 4: Entrevista nro. 3</i>	63
<i>Tabla 5: Entrevista nro. 4</i>	74
<i>Tabla 6: Tabulación de encuestas, pregunta 1</i>	76
<i>Tabla 7: Tabulación de encuestas, pregunta 2</i>	77
<i>Tabla 8: Tabulación de encuestas, pregunta 3</i>	78
<i>Tabla 9: Tabulación de encuestas, pregunta 4</i>	79
<i>Tabla 10: Tabulación de encuestas, pregunta 5</i>	80
<i>Tabla 11: Tabulación de encuestas, pregunta 6</i>	81
<i>Tabla 12: Tabulación de encuestas, pregunta 7</i>	82
<i>Tabla 13: Tabulación de encuestas, pregunta 8</i>	83
<i>Tabla 14: Tabulación de encuestas, pregunta 9</i>	84
<i>Tabla 15: Tabulación de encuestas, pregunta 10</i>	85

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Número de denuncias sobre delitos informáticos en Ecuador	29
Figura 2: Precisión del tamaño de la muestra a utilizar.....	57
Figura 3: Tabulación de encuestas, pregunta 1.....	76
Figura 4: Tabulación de encuestas, pregunta 2.....	77
Figura 5: Tabulación de encuestas, pregunta 3.....	78
Figura 6: Tabulación de encuestas, pregunta 4.....	79
Figura 7: Tabulación de encuestas, pregunta 5.....	80
Figura 8: Tabulación de encuestas, pregunta 6.....	81
Figura 9: Tabulación de encuestas, pregunta 7.....	82
Figura 10: Tabulación de encuestas, pregunta 8.....	83
Figura 11: Tabulación de encuestas, pregunta 9.....	84
Figura 12: Tabulación de encuestas, pregunta 10.....	85

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Preguntas para la encuesta	96
Anexo 2: Preguntas para entrevista	99
Anexo 3: Evidencia de entrevista: Abg Félix Yagual Moreno.....	100
Anexo 4: Evidencia de entrevista: Abg Segundo Mina.....	101
Anexo 5: Evidencia de entrevista: Abg Félix Yagual Moreno.....	102
Anexo 6: Evidencia de entrevista: Abg Arturo Herrera	103

RESUMEN

La vulneración de derechos constitucionales en la figura del pasado judicial dentro de la suspensión condicional de la pena prevista en la norma penal ecuatoriana, precisamente en la valoración de los antecedentes tipificados en el numeral 3 del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal puede incurrir en discriminación de acuerdo a la regla constitucional prevista en el artículo 11 numeral 2 de la Norma Suprema. El phishing como delito informático normado en el artículo 230 del COIP cumple con las condiciones para que la persona procesada solicite la libertad condicional, le corresponde al juez valorar los requisitos del artículo 630 ibidem, particularmente sobre el numeral 3, los antecedentes regulados en dicho precepto se analizan en función de las reglas de la sana crítica, no existe una definición clara de los antecedentes personales, sociales y familiares y cuál es su alcance y sobre todo la importancia o el peso que tiene al momento de que el juez valore si concede o no la suspensión de la pena. Este proyecto ha establecido que para evitar que los jueces penales incurran en discriminación deben fundamentarse en la lógica, las ciencias, las artes afines y la experiencia que tienen como profesionales, valorando tales antecedentes de manera objetiva, sin vulnerar derechos constitucionales como lo es invocar el pasado judicial.

Palabras clave: Sanción penal, prisión, protección de datos, discriminación, libre circulación.

ABSTRACT

The violation of constitutional rights in the figure of the judicial past within the conditional suspension of the sentence provided for in the Ecuadorian penal norm, precisely in the assessment of the criminal records typified in numeral 3 of article 630 of the Comprehensive Organic Penal Code can incur in discrimination according to the constitutional rule provided for in article 11 number 2 of the Supreme Norm. Phishing as a computer crime regulated in article 230 of the COIP meets the conditions for the processed person to request conditional release, it is up to the judge to assess the requirements of article 630 ibidem, particularly on numeral 3, the background regulated in said precept are analyzed based on the rules of healthy criticism, there is no clear definition of personal, social and family background and what is its scope and above all the importance or weight it has at the time the judge assesses whether to grant or not the suspension of the sentence. This project has established that in order to prevent criminal judges from incurring discrimination, they must be based on logic, science, related arts and the experience they have as professionals, assessing such background objectively, without violating constitutional rights such as invoking the past court.

Keywords: Criminal sanction, prison, data protection, discrimination, free movement.

INTRODUCCIÓN

La suspensión condicional de la pena se promueve en el artículo 630 numeral 3 del COIP manteniendo una concordancia con la prohibición de ejercer discriminación, derecho que se promueve en la Constitución del Ecuador, ante la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares de la persona sentenciada por delito de phishing producto de la falta de reglas claras en dicha valoración. Se plantea vulneración de derechos constitucionales, específicamente el pasado judicial.

Ante la incidencia entre el artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador en la valoración de los requisitos para conceder la suspensión condicional de la pena, se revisa en este trabajo de investigación, en el Capítulo I, el diseño de la tesis, estableciendo un objetivo general y tres objetivos específicos, además de la formulación, sistematización, justificación, delimitación del problema. Al ser una tesis en la que predomina el enfoque cualitativo se ha propuesto una idea a defender.

El Capítulo II describe el marco teórico, en principio se redacta el marco referencial estableciendo teorías como la teoría general del derecho y demás aspectos relevantes para el desarrollo del estudio, entre ellos principios del derecho penal, así mismo, se dispone de conceptos relevantes en el marco conceptual; finalmente, el marco jurídico efectúa un análisis exegético de la normativa del objeto de estudio.

El Capítulo III es el marco metodológico, recoge el enfoque de la investigación, que es mixto (cualitativo – cuantitativo); los métodos son sistemático, descriptivo y correlacional. Para el trabajo de campo se hace uso de herramientas de recolección de datos como la entrevista y las encuestas, delimitadas a través de calculadores de precisión para tener una muestra probabilística.

CAPÍTULO I

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Tema

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES, EL PASADO JUDICIAL DENTRO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP)

1.2 Título

LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA Y LA VALORACIÓN DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 630 NUMERAL 3 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN EL DELITO DE PHISHING.

1.3 Planteamiento del problema

La suspensión condicional de pena se define como un medio que el sistema penal ofrece a la persona sentenciada para que, pese a su condena, forme parte de la sociedad sin que sea necesario que se le prive su libertad, rehabilitándose y evitar la ejecución de la pena y para ello debe cumplir con ciertas condiciones de carácter obligatorio para poder acogerse a tal medida y cuyo incumplimiento acarrea la pérdida del beneficio y siendo procedente la ejecución de la pena.

El artículo 630 del Código Orgánico Integral penal dispone sobre la suspensión condicional de la pena, manifiesta que se puede interrumpir la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta a la persona procesada en primera instancia, siempre que a solicitud de parte se pretenda en el momento oportuno conferido por la ley y cumpliendo los requisitos dispuestos en la norma penal.

Para acogerse al beneficio de suspensión se requiere que la pena privativa de libertad no exceda de cinco años, otro requisito es que la persona procesada y sentenciada no ostente otra sentencia vigente o proceso pendiente en curso ni que ya haya sido beneficiada con suspensión de la pena en otra causa penal. Sigue como requisito los antecedentes personales, familiares y sociales del procesado y finalmente existe la prohibición de solicitar el beneficio descrito en delitos de violencia intra familiar y delitos contra la integridad sexual y reproductiva.

Es necesario hacer énfasis en el numeral 3 del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal, el cual evidencia la necesidad de la revisión de los antecedentes personales, sociales y familiares de la persona procesada; requisito que puede vulnerar derechos constitucionales del infractor, en virtud de que la revisión de dichos datos puede incurrir en discriminación y que a efecto de ello se niegue la suspensión condicional de la pena.

Referente a la modalidad y la gravedad de la conducta, cabe recalcar que son cuestiones que van arraigadas a la forma en la que se cometió el delito que ya ha sido sancionado y condenado, respecto a ello, es necesario que el juez haga una valoración adecuada y en virtud de su sana crítica y los elementos que la parte solicitante imponga, determinar si concede o niega la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Queda entonces la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares de la persona condenada, y la injerencia de una posible violación de derechos constitucionales fundamentada en la discriminación que se puede producir en virtud de la revisión de los antecedentes antes descritos y que a razón de tales datos no se conceda la suspensión condicional de la pena.

La Constitución de la República del Ecuador dispone en su artículo 11 que el ejercicio de los derechos se rige por los principios descritos en los numerales del artículo referido, siendo de vital importancia para la presente investigación destacar el numeral 2 del artículo 11 de la Norma suprema que reza sobre el principio de igualdad y no discriminación.

Consecuentemente, ninguna persona puede sufrir discriminación por datos esenciales entre los que se puede recabar ciertos que son relevantes para el estudio del problema que se plantea como: lugar de nacimiento, religión, ideología, pasado judicial, condición socio económica, estado de salud. Y en general, dice la norma, cualquier otra prerrogativa que: “Tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos” (Asamblea Nacional, 2008).

El Consejo de la Judicatura a través de sus Cortes Provinciales y la Corte Constitucional ya se han pronunciado sobre los requisitos del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal. Mediante Oficio 1001-P-CNJ-2019 se estableció un criterio no vinculante en donde se establece la necesidad del juez de valorar factores personales, sociales y familiares con la finalidad de tener una decisión debidamente motivada.

Por su parte, la Corte Constitucional indica mediante Sentencia No. 7-16-CN/19 que respecto a la comprobación y valoración de los antecedentes descritos en el numeral tercero del artículo 630 del Código Integral Penal, los jueces que valoren dichos datos: “Deben solicitar únicamente elementos indispensables que no supongan un gasto económico al sentenciado y que permitan la viabilidad del cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 631 del COIP” (Corte Constitucional, 2019).

Tal como antecede, ni los jueces de Corte Provincial ni la Corte Constitucional ahondan o dan mayor detalle de la existencia entre la valoración de los antecedentes

personales, sociales y familiares y una posible vulneración del derecho a la igualdad y discriminación por parte de los juzgadores que sustancien la solicitud de suspensión condicional de la pena.

Por otro lado, conociendo que la suspensión condicional de la pena, únicamente puede solicitarse en delitos de hasta 5 años exceptuando aquellas conductas punibles que derivan de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, así como los delitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar; es importante para el desarrollo de esta investigación analizar una conducta punible específica en la que sea viable la suspensión de la pena.

Con la revolución tecnológica y el uso de la informática para digitalizar procesos cotidianos, surgen los delitos informáticos como en phishing que se manifiesta por medio de ataques a través de medios digitales como el correo electrónico para producir engaño y estafa a los usuarios de entidades financieras y personas en general con la finalidad de robar información personal y dinero de cuentas bancarias.

En síntesis, el problema que se plantea radica en el conflicto que presenta el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal y el artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador, esto es, una posible vulneración de derechos constitucionales, específicamente la discriminación por el pasado judicial, debido a la inexistencia de reglas claras que permitan una adecuada valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares de la persona sentencia por phishing que solicita, cumpliendo los requisitos de ley, la suspensión condicional de su pena.

1.4 Formulación del problema

¿De qué manera incide el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador en la valoración de los requisitos dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del

Código Integral Penal, esto es, los antecedentes personales, sociales y familiares de la persona sentenciada por incurrir en delito de phishing?

1.5 Sistematización del problema

- ¿Cómo se garantiza una correcta aplicación de la sana crítica en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal en las personas sentenciadas por delito de phishing?
- ¿Cuál es la diferencia que existe entre los términos: “antecedentes personales”, “antecedentes familiares” y “antecedentes sociales”?
- ¿Cómo se evitaría que los jueces incurran en discriminación al momento que deban valorar los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?
- ¿Cómo se valora los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?

1.6 Objetivo General

- Analizar el derecho a la no discriminación dispuesto en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal a personas sentenciadas por el delito de phishing.

1.7 Objetivos específicos

- Analizar los efectos jurídicos arraigados a la utilización de la información personal de la persona privada de libertad o de sus familiares para conceder o negar la solicitud de suspensión condicional de la pena en personas procesadas por delito de phishing.

- Evaluar si el pasado judicial de los sentenciados por phishing que se acogen a solicitar el beneficio de la suspensión condicional de la pena influye en el otorgamiento de la sanción alternativa a la pena privativa de libertad.
- Establecer lineamientos claros que contribuya a los jueces a una correcta valoración de los requisitos dispuestos en numeral 3 del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal de forma que se evite la discriminación.

1.8 Justificación de la investigación

La necesidad de plantear esta investigación se sintetiza en el poco énfasis que la jurisprudencia nacional evidencia ante la calificación de la suspensión condicional de la pena en el conflicto focalizado en el planteamiento del problema de esta tesis, pues tal como se denota en líneas anteriores se ha hecho énfasis en la necesidad de valorar los antecedentes personales sociales y familiares (criterio no vinculante de la Corte Provincial) pero no se ha ahondado en ello.

Es decir, la jurisprudencia no ha emitido un criterio vinculante referente a la discriminación a la que son sujetos las personas procesadas de libertad que solicitan acogerse al beneficio de la suspensión condicional de la pena, de igual manera no se evidencian reglas claras y específicas que giren en torno a la valoración de los datos descritos en el numeral 3 del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal.

La valoración de los datos referidos en el párrafo anterior denota un examen subjetivo que debe llevar a cabo el juez de garantías penales para resolver si concede o no la suspensión condicional de la pena, ahora bien, no se debe desacreditar de manera absoluta la valoración del juez, pues ella depende también de la defensa técnica de la persona procesada.

La Corte Constitucional mediante su jurisprudencia obligatoria, a través de la sentencia No. 7-16-CN/19 ha permitido un avance significativo por medio de la impugnación, la cual no era aplicable a la apelación de la resolución del juez sobre la suspensión condicional de la pena, pero tras el fallo de los vigilantes de la Constitución, ahora es válido impugnar y apelar el auto que niegue la suspensión condicional de la pena.

Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia referida en el párrafo anterior, ha establecido que para garantizar el debido proceso y la viabilidad del cumplimiento de los artículos 630 y 631 del Código Orgánico Integral Penal, se debe atender y solicitar aquello que signifique un gasto económico mínimo para la persona solicitante, más nada dice sobre el sentido en el cual se deba valorar datos personales.

Ante lo formulado en el párrafo anterior, ¿es válido que de la revisión de los antecedentes personales, sociales y familiares se niegue la solicitud de la suspensión condicional de la pena por considerar que debido a tales datos el ciudadano privado de su libertad no es apto para cumplir una ejecución sustitutiva de la pena privativa de libertad?

De igual manera, con el surgimiento de los delitos informáticos, es necesario determinar los efectos del phishing en la sociedad ecuatoriana, sobre todo cuando el juez debe valorar si concede o no la libertad condicional, que implica que el procesado recupere la libertad bajo la figura de la suspensión condicional de la pena una vez que se haya analizado en audiencia aspectos como la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares del reo.

A lo establecido se debe agregar el impacto que tiene en la sociedad el hecho de otorgar medidas sustitutivas a la ejecución de la pena al sentenciado y colocarlo devuelta en el conglomerado social, ¿Qué garantiza que efectivamente esa persona que ha sido sentenciada no vuelva a delinquir y atentar contra los derechos de los ciudadanos?

En igual sentido, los delitos informáticos forman parte de un nuevo y amplio catálogo que se incrementa en el Ecuador, conforme se cita: “De enero a septiembre del 2021 se abrieron 1 265 investigaciones por delitos informáticos a escala nacional. En ese mismo período del 2019 hubo 1 241 denuncias y en el 2020 se registraron 1 306 casos” (Diario El Comercio, 2022); lo que hace indudablemente necesario analizar delitos informáticos como el phishing ya que es uno de los más cometidos a escala nacional.

Tal como se ha fundamentado en este apartado, es muy necesario llevar a cabo esta investigación a fin de determinar la existencia de vulneración de derechos constitucionales en la aplicación del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal en la calificación de la solicitud de la suspensión condicional de la pena debido a que los jueces pueden afectar derechos constitucionales de los reos.

1.9 Delimitación del problema

Delimitación del problema:

- Objeto de estudio: Art. 630 del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, la discriminación en la suspensión condicional de la pena
- Aspecto: Jurídico – Social
- Campo: Derecho público
- Área: Derecho Penal

Delimitación espacial:

- Provincia: Guayas
- Cantón: Guayaquil

Delimitación temporal:

- Período: Año 2021

Unidades de observación:

- Personas privadas de libertad (delito de phishing)
- Familiares de las personas privadas de libertad
- Unidades judiciales de garantías penales
- Unidades judiciales de garantías penitenciarias
- Normativa aplicable al proyecto: Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Jurisprudencia Nacional, Derecho comparado.

1.10 Idea a defender

- Realizar una incorrecta valoración de los antecedentes personales, familiares y sociales de la persona sentenciada por delito de phishing como requisito para conceder o negar la suspensión condicional de la pena vulnera el derecho a la no discriminación configurado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador.

1.11 Línea de investigación institucional / de la facultad

- Línea Institucional: Línea 1 Sociedad civil, derechos humanos y gestión de la comunicación
- Línea de la facultad: Derecho procesal con aplicabilidad al género, la identidad cultural y derechos humanos

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Marco teórico

2.1.1 Antecedentes de la suspensión condicional de la pena en el Ecuador

Durante los albores de la humanidad, se ha estudiado al hombre y sus diferentes conductas, siendo una de ellas la punitiva, es decir, el estigma social que recae sobre quien comete un delito sancionado por la ley penal, dentro del análisis de los castigos a delincuentes, se efectuaban venganzas primitivas (ley del talión), pena de muerte, esclavitud, restricción de la libertad, etc.

Le ha correspondido a través de la evolución de los regímenes políticos, a los legisladores determinarlas reglas del sistema de justicia, adecuando las normas jurídicas a los comportamientos cambiantes de la sociedad, siendo necesario reformar de manera constante las leyes, sobre todo en materia penal, cuando existen nuevas modalidades delictuales que necesitan una regulación específica por la ley.

Así mismo, hubo la necesidad de adecuar las sanciones impuestas a los delincuentes respecto al acto cometido, así pues, una persona que matase a alguien, no puede recibir la misma pena que una persona que se roba un dinero, evidentemente debe existir una proporcionalidad entre el hecho punible y la sanción impuesta por el Estado de Derechos.

En base a lo expuesto surgen los primeros indicios de la humanización de la pena, se establece que la pena de muerte es innecesaria, que el tiempo de reclusión debe ser proporcional al delito cometido, todo esto dentro del concepto de los derechos humanos

y los derechos de las personas privadas de libertad; todo esto ha generado cierto repudio social.

Dentro de la humanización de la pena se tiene la figura de la suspensión condicional de la penal o libertad condicional misma que implica un beneficio al reo para que de esta manera pueda cumplir la pena sin la necesidad de restringir su libertad siendo sometido a períodos de prueba condicionada a través de un control exhaustivo de las mismas.

“La suspensión condicional de la pena deriva de tres elementos: Probatio. Etimológicamente esta palabra proviene del latín probar otros piensan que viene del latín Probatio, palabra que significa prueba, examen o ensayo” (Reynolds, 1983, pág. 36). Surge la suspensión condicional como un “período de prueba” en la que el delincuente debe demostrar que merece cumplir su sanción sin estar preso.

La suspensión condicional de la pena surge del resultado de solución de conflictos en adolescentes infractores en donde no se concretaba la declaración de culpabilidad del reo: “Es decir la fase de ejecución y último elemento de la teoría general del delito eran suspendidos con la esperanza de alcanzar una pronta resocialización del inculcado” (Núñez, 1958).

En 1841 en Boston Massachussets Estados Unidos se evidencia uno de los primeros casos en los que se promueve la suspensión condicional de la pena por parte del magistrado John Augustus a través del caso de un hombre que había sido llevado a la corte: “Se trataba de un alcohólico; al conocer el problema del imputado pagó la fianza por él, recibiendo la orden de presentarlo en tres semanas. Cumplido aquel plazo el hombre había recobrado la fe en sí mismo y no volvió a beber” (Silva, 1992).

La Probatio en el derecho penal exigía que se constatare en primer lugar la culpabilidad de la persona procesada para luego promover un acuerdo entre el Estado y el delincuente para: “Mantener en suspenso el procedimiento de una sentencia de prisión a cambio de que el segundo cumpla, por un lapso determinado con ciertas condiciones” (Vaca, 2000, pág. 254).

A partir de la Probatio nace la “diversión” que implicaba desestimar cargos bajo el precepto de que: “El imputado consienta el ser sometido a un período de prueba, considerado como un programa de rehabilitación sin encarcelamiento” (Calon, 1943). Si el procesado cumple el período de prueba, entonces la Fiscalía renunciaba a perseguir penalmente al reo.

La diversión implicaba primero la comprobación del hecho punible, mientras que la figura de la Probatio requería únicamente que se produjera el delito sin que influyera mayormente quien era el actor de la conducta criminal. Consecuentemente, la diversión: “Es la continuación del juicio para determinar la culpabilidad; mientras que el incumplimiento de las condiciones establecidas en la Probatio implica la ejecución de la pena” (Camelo, 2004).

Con esos antecedentes, la figura de la suspensión condicional se hizo cada vez más frecuente, promoviéndose hasta cierto punto un abuso de derecho, por lo que se tuvo que regular su aplicación, de forma que no todo tipo de delito pudiese ser sometido a este beneficio, ya sea por la peligrosidad del delincuente o porque el hecho punible ha producido un gran impacto de forma que no existe otro mecanismo que la restricción de la libertad para garantizar el cumplimiento de la sanción.

En América Latina, la regulación de lo concerniente a la suspensión de la pena obliga al juez a establecer cómo debe llevarse la libertad condicional, por ejemplo, en la

República de El Salvador, una vez que se autorice suspender la pena privativa de libertad, debe el juez: “Especificar las condiciones a que estará sometido el favorecido durante el período de prueba” (Spiegelberg, 2003, pág. 176).

La suspensión condicional de la pena forma parte de una modernización de los sistemas penales en América Latina, misma que se viene promoviendo desde los años 80 como parte de una inclusión de sistemas orales que abolían el inquisitorio, cambios en los que Ecuador también formó parte instaurando un sistema oral a partir de 1998 y haciéndose completamente efectivo a través de los cambios procesales en materia penal y civil.

En Ecuador se estableció la suspensión condicional de la pena en el año 2009 como un método alternativo a la solución de conflictos a través de una reforma al Código Penal vigente en aquella época y su respectiva norma procesal en donde se incluyó la suspensión condicional para mejorar la situación de la persona procesada por el cometimiento de un delito.

“Se debe destacar que la suspensión condicional toma en consideración la justicia restaurativa que tiene su parte fundamental generar la reparación integral a la víctima” (Endara, 2018). Nace también como una forma de administrar justicia de manera eficiente y ágil, busca también que se descongestione el sistema judicial y el ahorro de recursos del Estado (prevenir hacinamientos).

“Con la Suspensión condicional de la pena, la Defensoría Pública mantiene este mismo accionar teniendo en cuenta que la aplicación de esta norma es indiscutible como garantía básica del derecho al debido proceso y en función al principio *libertatis*” (López & Chimbo, 2014, pág. 524). Habiéndose cumplido los parámetros y condiciones que exija el juzgador para dicha libertad condicional, entonces se extingue la condena.

2.1.2 Teoría del delito y de la pena

“La teoría del delito tiene la finalidad de operacionalizar la aplicación de la ley penal al caso concreto en garantía de los derechos de las personas sometidas al sistema penal” (Paca, 2019). Es una herramienta que permite procesar la información de orden fáctico y normativa condicionando la decisión judicial para facilitar la resolución de las causas penales.

Así pues, se establece que: “Esta teoría busca en última instancia facilitar la resolución de los casos, proporcionando bases sólidas que sirvan de justificación de la decisión, prescindiendo de toda arbitrariedad a la hora de la interpretación de la ley penal” (Hermenejildo, 2019). Como cuando se establece los hechos probados y punibles como requisito básico en el contexto de la motivación de la sentencia.

“Las categorías dogmáticas del delito previsto en el COIP bajo los esquemas: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, establece tres reglas y criterios para determinar qué acto penalmente relevante es delito, en qué medida se aplica la ley y el orden que se debe analizar los esquemas en la responsabilidad penal” (Paca, 2019), esto proporciona coherencia al procedimiento analítico que se efectúa para negar o afirmar el delito.

“Los fines de la teoría del delito ofrece al abogado, al fiscal, al órgano jurisdiccional, una propuesta metodológica, un modelo de análisis de la solución y decisión de los casos, en razón de su utilidad práctica” (Villavicencio, 2017). Los esquemas en los que se sustenta el delito forman herramientas de orden jurídico que son de vital importancia en el derecho penal. La inaplicación de la teoría del delito produce una incorrecta manifestación del derecho punitivo y por ende se produce una privación ilegal de libertad.

2.1.3 Teoría mixta o de la unión de Claus Roxin

La teoría mixta o de la unión es el resultado de la combinación de las teorías absolutas y relativas, promueve: “La retribución de culpabilidad mediante pena con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en el autor concreto y la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento” (Weigend, 1996). Lo que esta combinación intenta es que la pena alcance una relación de equilibrio.

Ese equilibrio no es otra cosa que la ponderación correcta entre la pena impuesta y el hecho punible que se acredita al sujeto activo de la conducta penal, así pues, se trata de la evolución del pensamiento de justicia que busca la humanización de las penas, considerando que el delincuente, pese al hecho punible, merece una sanción justa y sobre todo que se le garantice el derecho a ser rehabilitado.

El fin último de la pena no es prevenir que el reo cometa otros delitos ni retribuir a la víctima el daño causado, al contrario, lo que se pretende es encontrar: “Un punto medio entre las teorías absolutas y las teorías relativas” (Alfaro, 2015). El principal expositor de la teoría mixta es el jurista Claus Roxin manifestando que la amenaza al reo es lo que produce una prevención general que implica la abstención del delincuente de seguir adecuando su conducta a hechos punibles.

Claus Roxin es el precursor de esta teoría, expuso que con la amenaza, la pena logra una prevención general, ya que va dirigida a toda la sociedad y con ello causa un temor, por lo tanto, la población evita la comisión del delito; en el momento de determinar una pena a un sujeto en específico, la prevención se ve limitada a la culpabilidad y gravedad del delito; y finalmente, en la ejecución de la pena, se practica la prevención especial cuando se busca una resocialización para el sujeto (Alfaro, 2015).

La teoría que se analiza en este apartado parte de: “Reconocer que ni la culpabilidad del sujeto ni la prevención por sí solas son capaces de legitimar la sanción penal” (Meini, 2013). Así mismo, la teoría mixta rechaza que la retribución en la culpabilidad quepa en legitimación de la pena debido a que no se justifica explícitamente la intervención estatal en la pena.

La pena cumple dos funciones: la prevención especial y la prevención general frente a la responsabilidad penal de la persona procesada. Sin embargo, en función de la humanización de la pena, cabe la oportunidad de reducir sanciones siempre que existan razones que lo ameriten, ello cuando no exista oposición de las exigencias preventivas generales y atente contra los principios constitucionales.

2.1.4 El principio de necesidad: la pena es el fin último del derecho penal

“La necesidad de la pena es uno de los principios, junto con el de la proporcionalidad y razonabilidad, al que debe responder la imposición de la misma” (Corte Constitucional Colombia, 2000). Le corresponde al juzgador definir si el hecho punible cometido por el sujeto activo le corresponde una pena en función de la justificación del principio de necesidad.

En términos simples, el principio de necesidad de la pena significa determinar la justificación entre el acto delictivo y la sanción impuesta por la ley, a través de un examen simple en el que el juez determina si la pena es necesaria o no, de no llevarse a cabo esa valoración por parte del juzgador, se afecta el debido proceso pues no se justifica la necesidad del ius puniendi como derecho de última ratio.

La valoración del principio de necesidad se efectúa en dos momentos: “Verificar si no existen medios extrapenales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción”

(Pulido, 2010).; y en segundo lugar establece el tiempo de la sanción con finalidad preventiva.

En base a lo expuesto, el principio de necesidad se define como la importancia de que: “Toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto” (Bernal Pulido, pág. 734).

El principio de necesidad no es un principio aislado, forma parte del principio de proporcionalidad y el de idoneidad, en donde se debe efectuar el siguiente análisis:

- Verificar medidas alternativas que sean idóneas para alcanzar el objetivo inmediato del derecho penal.
- Que exista una menor afectación de los derechos fundamentales del reo

El principio de necesidad también implica efectuar: “Un análisis de idoneidad de esas medidas alternativas que se puedan tener en cuenta, para la solución de un problema, de manera menos gravosa a los derechos fundamentales” (León, 2016). El principio de necesidad promueve un respeto no solo a los derechos de las víctimas, sino también a los de las personas procesadas.

El principio de necesidad se manifiesta como la aplicación de sanciones y una afectación menos lesiva, por lo que el juez: “En el proceso de la individualización de la pena, debe considerar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la detención domiciliaria y en algunos casos a prescindir de la pena” (Collazos, 2003, pág. 68). Consecuentemente, la suspensión condicional de la pena no es otra cosa que la aplicación del principio de necesidad de la pena.

La doctrina esgrime que la necesidad de la pena solo debe acarrear una pena restrictiva de libertad debe efectuarse solo si no existe otro mecanismo eficaz. Así mismo: “Si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos, y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su acción son las prohibiciones mínimas necesarias” (Velásquez, 2014, pág. 44).

Finalmente, se puede sintetizar que no todo acto que le corresponde una pena de acuerdo a las reglas del Código Orgánico Integral penal, merece realmente una pena restrictiva de libertad por lo que se debe accionar otros medios eficaces que impliquen en mismo control para evitar que la persona procesada continúe con su conducta agraviada.

2.1.5 El principio de humanidad: La pena no puede afectar la dignidad del reo

El principio de humanidad no es taxativamente propio del derecho penal, pues su contexto es más general, se trata de promover la dignidad del ser humano. En relación al tema que se trata en este proyecto de investigación, el principio de humanidad esgrime que la pena que se imponga al cometedor de un delito no puede afectar la dignidad del reo, así como tampoco se puede desconocerlo del conjunto social.

Humanizar las penas se consigue a través de la orientación de resocializar las penas con medidas más benignas, pues es sabido que los centros de reclusión de libertad, en muchos casos, en nada contribuyen a la rehabilitación social del delincuente, por ende, se debe promover mecanismos atenuantes de la ejecución de la pena como: “Arrestos domiciliarios, semilibertad, tratamiento intermedio, semi detención y libertad controlada, arresto de fin de semana” (De la Cuesta, 2009).

Sin embargo, una de las mejores opciones en el marco de la humanización de la pena: “Es el trabajo en beneficio de la comunidad” (Brandáriz, 2009). Ahora bien, que

ocurre cuando se trata de delitos que derivan no de un accionar cotidiano que se aprende a través de empirismos, sino que son propios del perfeccionamiento de técnicas que son enseñadas en escuelas de formación profesional.

Si el hecho punible está arraigado a la profesión del reo, como, por ejemplo, el uso de técnicas informáticas para producir modalidades de estafa como el phishing, el pharming y el cloning; entonces como debe valorar el juez las vías alternativas para conceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Siendo que las actividades ilícitas en delitos digitales son cometidas con técnicas informáticas, ¿Cómo se garantiza que el reo no continúe dicho accionar?

El trabajo comunitario tiene un contenido especialmente social y positivo. “El éxito de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad no depende, con todo, tan sólo de una regulación normativa adecuada y suficiente, sino muy principalmente de la existencia de una infraestructura adecuada” (Sanz, 2000). Pero es necesario que se regule a través de políticas públicas.

“El respeto del principio de humanidad en derecho penal exige, en este sentido, hacer pasar a las víctimas del olvido al reconocimiento garantizando todos sus derechos, otorgándoles pleno protagonismo en el sistema penal” (Subijanza, 2006). En este sentido, no se trata de afirmar que el reo tiene más derechos que las víctimas, sino que cada uno cumple un rol fundamental, siendo necesario resarcir el daño causado a la víctima, pero considerando también la rehabilitación del reo a través de una pena humana.

2.1.6 Sustitución de la pena y la suspensión condicional de la ejecución de la pena

En cuanto a la pena de cárcel: “Está demostrado ser más desocializadoras que resocializadoras” (Enciclopedia Jurídica Básica, 1995, pág. 1371). Surge la necesidad de

aplicar la ejecución de las sanciones de los delitos poco graves a través de mecanismos eficaces que si promuevan jurídicamente la rehabilitación social del individuo que ha incurrido en una conducta delictual sancionada con pena de cárcel.

La suspensión de la condena consiste en que se suspenda el cumplimiento de la pena que es de cárcel y restrictiva de la libertad del procesado que previamente ha sido declarado culpable. Para que se efectúe el beneficio de la suspensión condicional, se debe perseguir al debido proceso y cumplir las especificaciones que la ley exige para su cumplimiento.

La Probatio resulta más humana que la privación de la libertad, pero no puede tratarse de cualquier delito, pues no debe por ningún momento dejarse de lado la afectación que se produce a la víctima y el peligro que implicaría no privar de la libertad a su victimario, en definitiva, la Probatio no es para cualquier conducta penal, sino para aquellos delitos menos graves o de bagatela.

En razón de lo enunciado, la suspensión condicional de la pena: “No le corresponde al autor de delitos graves, o a una preocupación por la seguridad ciudadana, cuando el delito sentenciado no es tan grave, hay menos peligro de una nueva conducta delictiva después de la excarcelación del delincuente” (Birkbeck, 2001, pág. 26). La humanización de la pena es requerida también para descongestionar las cárceles del país.

La suspensión condicional de la pena implica que se interrumpa: “Provisoriamente la persecución penal a favor de una persona imputada por un delito, quedando ella, sometida dentro de un determinado plazo, al cumplimiento de un conjunto de condiciones legales impuestas por el Juez de Garantía Penales” (Cabanellas, 2002, pág. 56). Si se cumplen las condiciones del juez, se extingue la acción penal.

Si la persona procesada incumple las condiciones previstas por el juez, se revoca la medida de la suspensión condicional de la pena y se activan los mecanismos necesarios para reactivar la persecución penal al delincuente. La suspensión de la pena no es otra cosa que una solución de carácter alternativa al conflicto procesal penal cuando se considere que la persecución del reo.

La suspensión condicional de la pena no promueve medidas irreales (que el procesado se rehabilite para siempre), por el contrario: “Se trata de que el sujeto no cometa delitos durante el cumplimiento de las condiciones, que es lo que razonablemente se puede esperar” (Cortés, 1998). Esto contribuye abiertamente a que el sujeto activo del acto delictual reconsidere su accionar y se dedique a ser el bien.

Se ha dicho abiertamente que la suspensión de la pena es una medida alternativa de solución de conflictos aplicable cuando: “El procesado estaba prácticamente sin salida frente a una pena privativa de la libertad por lo que consentía en el acuerdo de cumplir condiciones que eran impuestas por el funcionario judicial con la finalidad de resolver la situación jurídica” (Solís & Solís, 2005).

Para la aplicación de la suspensión condicional de la pena, se debe considerar la aplicación de los siguientes principios: “La contradicción, la igualdad entre las partes, el principio de oportunidad, la valoración legal de la prueba y la celeridad” (Esparza, 1995, pág. 12). No porque se aplique la suspensión de la pena quiere decir que se deja en estado de indefensión a la víctima o que no se vela por los derechos de las víctimas sobre todo en cuanto a las represalias en su contra por parte del procesado.

Las condiciones que impone el juez en la suspensión condicional, son mecanismos para reparar a la víctima sin que implique que el procesado deje de gozar de su libertad. Entre los problemas que soluciona la libertad condicional se tienen los siguientes:

- Evita procesos penales largos
- Evita el hacinamiento carcelario
- Humaniza la pena
- Promueve la rehabilitación social
- Convierte al procesado en un sujeto económicamente activo

De acuerdo a la Defensoría Pública del Ecuador del 2007 al 2016 se ha reducido el hacinamiento en 0,24%, cifra que si bien es cierto no es tan significativa, no deja de representar un avance en la humanización de las penas, a esto hay que sumar otros aspectos como la falta de guías penitenciarios, la corrupción del sistema carcelario nacional, los motines y todo aquello que implique una rehabilitación inexistente o defectuosa.

En la legislación ecuatoriana, para conceder la suspensión condicional de la pena se debe cumplir con el debido proceso. De igual manera interviene la: “Sana crítica del juez quien debe analizar con mucha prudencia las pruebas que son aportadas por las partes interesadas en el litigio” (Cabrera, 2008). Existe y nace la suspensión condicional cuando existe una sentencia de primera instancia que confirme la responsabilidad penal de la persona procesada, además del cumplimiento de los requisitos que exige la ley.

Referente al análisis del numeral 3 del artículo 630 del COIP: “Es importante recalcar que las personas sentenciadas que se acojan a este beneficio deben ser investigadas minuciosamente, tanto su entorno personal, como el entorno social y familiar” (Jiménez, 2019), esa investigación es la que permite al juez aplicar la sana crítica y tomar una correcta decisión en cada caso concreto.

En este sentido, se define a los antecedentes familiares como: “Registros relacionados entre los miembros de una familia junto con sus antecedentes médicos. Los antecedentes

familiares pueden mostrar las características de ciertas enfermedades en una familia. También se llama antecedentes médicos familiares” (Jiménez, 2019).

“Su historia familiar incluye la información acerca de su salud y la de sus parientes cercanos. La historia familiar es un factor de riesgo importante para problemas como la insuficiencia cardiaca, derrame cerebral, diabetes y cáncer” (Jiménez, 2019). Estos antecedentes deben ser valorados correctamente por el juzgador.

“Un factor de riesgo es cualquier cosa que aumente sus posibilidades de adquirir una enfermedad. El motivo por el cual la historia familiar puede ayudar a predecir el riesgo es que las familias comparten sus genes, así como otros factores que afectan la salud, como el ambiente, el estilo de vida y los hábitos” (Jiménez, 2019).

Sobre los antecedentes personales, se trata de la: “Recopilación de información sobre la salud de una persona lo cual permite manejar y darle seguimiento a su propia información de salud” (Murillo, 2016). Los antecedentes personales pueden incluir información sobre alergias, enfermedades, cirugías y vacunas, así como los resultados de exámenes físicos, pruebas y exámenes de detección (Jiménez, 2019).

Así pues, (...) “La suspensión condicional de la pena se constituye como un beneficio para el sentenciado, siempre que reúna una serie de requisitos, que entre ellos se destaca, justificar los antecedentes sociales y familiares, antecedentes que aún no se encuentra clarificados a qué tipo de antecedentes familiares se refiere” (Murillo, 2016).

Sobre el Art. 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal: “En que unos de sus requisitos manifiestan sobre los antecedentes sociales y familiares del sentenciado, para probar su arraigo social y que su presencia dentro de la sociedad, no implica peligrosidad alguna” (Vargas, 2016). Siendo la misma injusta inconstitucional e ilegal ya

que el sentenciado depende de estos requisitos para requerir la suspensión condicional de la pena

“Uno de los principales problemas que tienen las personas que han sido sentenciados por primera ocasión, es que depende exclusivamente de los actos realizados por cada uno de sus amigos o familiares, siendo estos indispensables al requerimiento de la Suspensión de la Pena” (Arana, 2016).

En cuanto a la conducta sobre la no existencia de la ejecución de la pena, (Cevallos, 2017): “Este requisito debe ser analizado conjuntamente porque no solo dispone que el condenado demuestre arraigo personal, social y familiar, sino que además el juez considere que el delito cometido por la gravedad y modalidad de la conducta no amerita la ejecución de la pena”.

“La suspensión condicional de la pena busca reducir el uso de la pena privativa de libertad, facilitar la resocialización del delincuente y disminuir la reincidencia” (Cevallos, 2017). Es importante analizar la suspensión condicional de la pena desde la perspectiva del derecho penal digital, siendo el phishing un delito relativamente nuevo y poco estudiado.

2.1.7 El delito de phishing como parte de la interceptación ilegal de datos personales y bancarios: Generalidades

En cuanto a la incidencia del phishing en el robo de datos personales para el robo de contraseñas para vaciar las cuentas bancarias de usuarios. El phishing es una técnica informática: “Que usa medios de comunicación digitales, como el correo electrónico, para engañar y estafar a las personas. A través de técnicas de manipulación emocional genera confianza en las personas para poder robar su información y dinero” (Grupo Financiero Banco Pichincha, 2020).

El phishing tiene el objeto de engañar al usuario o la víctima para así poder acceder de manera fraudulenta a la información confidencial que puede ser contraseñas y principalmente información bancaria, el modus operandi de este tipo de delitos se desarrolla a través de correos electrónicos falsos, mensajes de texto y llamadas telefónicas.

La esencia del delito es la obtención de los datos necesarios para el robo de dinero de las cuentas bancarias de las víctimas. “El escenario de Phishing generalmente está asociado con la capacidad de duplicar una página web para hacer creer al visitante que se encuentra en el sitio web original, en lugar del falso” (Muñoz, 2021). Cuando se trata de emails falsos estos suelen tener enlaces a sitios webs con una apariencia casi idéntica al sitio legítimo u oficial.

“Una vez en el sitio falso, los usuarios incautos son engañados para que ingresen sus datos confidenciales, lo que les proporciona a los delincuentes un amplio margen para realizar estafas y fraudes con la información obtenida” (Muñoz, 2021). A través del Spam o correo no deseado se invita al usuario a ser señuelo (como en la pesca) y caer en la trama para acceder al sitio web.

“Otra forma de propagación, menos común, pueden ser el fax y los mensajes SMS a través del teléfono móvil. En algunos casos se proclaman grandes premios y descuentos en la venta de productos” (Urrutia, 2020). El destinatario es un usuario genérico, es decir, el hacker o el perpetuador del delito, estos mensajes falsos para engañar a las personas son enviados de forma masiva para obtener un mayor alcance y proceder a robar la información.

“Los sujetos o personas que realizan o cometen los delitos informáticos, en este caso específico el delito de phishing, son los Hackers o criminales informáticos, que

aprovechan sus conocimientos de la informática para utilizar la vulnerabilidad de un sistema con un fin, obtener información privada” (Urrutia, 2020). Cabe destacar que no es sencillo descubrir el delito de phishing y pharming, así como sus diversas modalidades, debido al sigilo del hacker en borrar su huella informática.

2.1.8 Desarrollo de phishing en el Ecuador: Aspectos relevantes

“Así como cualquier persona puede ser un delincuente informático también muchas situaciones que nos ocurren en la vida son un delito informático, pero a veces como no tenemos claro ciertos conceptos no podemos identificarlos” (Sanchís, 2021). Es importante que exista una actualización a la ciudadanía sobre las conductas sancionadas penalmente cuando intervienen las TIC.

Se conoce que: “La ingeniería social es una colección de métodos que utilizan los cibercriminales para mentirle a los usuarios incautos para que les envíen datos confidenciales, infecten sus PCS con malware o abran enlaces a sitios infectados” (Kaspersky, 2021). El avance tecnológico y en ocasiones la facilidad de que la tecnología permite, implica que los canales digitales se conviertan en uno de los medios más utilizados para cometer delitos; aquí el delincuente observa a sus víctimas a través de técnicas altamente complejas que se pueden resumir en la huella o rastro digital de cada persona.

Los Correos electrónicos son otro de los medios más manejados para ejecutar delitos informáticos, ya que la mayor parte de la población hace uso de estos en su trabajo, estudio o simplemente para su desarrollo personal, los delincuentes aprovechan esto para enviar correos haciéndose pasar por otras personas, buscando la confianza en sus víctimas para que estas accedan a abrir enlaces, o enviar información confidencial con la que luego actúan los atacantes (Aparicio, 2021).

Otro canal para el cometimiento de delitos informáticos son las redes sociales como parte de la ingeniería social, en donde los internautas suelen publicar información personal como: lugar de domicilio, lugar de trabajo, teléfono celular, edad, número de cédula, sueldo, lugar donde estudian. Muchas veces no es de manera explícita, puesto que las fotografías sociales (fotos que sube el usuario a internet de los lugares que frecuenta y las cosas que hace) permiten a los delincuentes hacer un estudio integral de sus víctimas para saber por dónde atacar.

Es necesario conocer a profundidad los medios y las formas en que estos delincuentes operan ya que es una de las formas de prevenir ser víctimas de estos ataques y alertar a familiares y conocidos, mientras más crece la tecnología más debe crecer nuestra necesidad de conocer lo bueno y lo malo que rodea estos avances sobre todo cuando somos nosotros los que hacemos uso de los mismos (Aparicio, 2021).

Consecuentemente, las nuevas modalidades de delitos ameritan una ampliación concreta por parte de la dogmática penal para el desarrollo de contenido que permita una mejor aplicación no solo de las sanciones, sino también de los derechos aplicables tanto a las víctimas como al acusado, sin perjuicio de los que actualmente establece la ley.

Los delitos informáticos en el Ecuador, están claramente identificados en el Código Orgánico Integral Penal, a manera de resumen se concreta el siguiente esquema:

- Delito [Pornografía infantil]: 13 a 16 años de privación de libertad
- Delito [Violación de la intimidad]: 1 a 3 años de privación de libertad
- Delito [Develamiento ilegal de información de bases de datos]: 1 a 3 años de privación de libertad
- Delito [Interceptación de comunicaciones]: 3 a 5 años de privación de libertad
- Delito [Pharming y Phishing]: 3 a 5 años de privación de libertad

- Delito [Chantaje informático]: 3 a 5 años de privación de libertad
- Delito [Ataque a la totalidad de sistemas informáticos]: 3 a 5 años de privación de libertad
- Delito [Delitos contra la información pública reservada legalmente]: 3 a 5 años de privación de libertad
- Delito Ingreso no permitido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones]: 3 a 5 años de privación de libertad

“El aumento de estos delitos informáticos se debe en gran medida a los progresos que está habiendo en cuanto a tecnología y a la poca información de los usuarios al hacer uso de los mimos, por ello es de vital importancia investigar sobre estos temas de interés nacional para tomar nuestras medias preventivas” (Aparicio, 2021). Es importante limitar la vida personal en cuanto a la exposición de las redes informáticas, pues la ciudadanía está a un clic de ser víctima de los ciberdelincuentes.

La Fiscalía General del Estado, establece que, en el año 2020, se reconocieron cerca de 700 denuncias, y que tales cifras van aumentando con el pasar de los años:

NÚMERO DE DENUNCIAS SOBRE DELITOS INFORMÁTICOS EN ECUADOR

Tipos de delitos	2014*	2015	2016	2017	2018	2019	2020**	
Suplantación de identidad	1355	3920	4152	3676	4180	4607	2162	24 052
Falsificación y uso de documento falso	1048	2594	3117	3183	3292	3231	1448	17 913
Apropiación fraudulenta por medios electrónicos	507	1280	1045	960	1451	1746	1033	8022
Acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones	54	141	145	218	236	246	175	1215
Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos	21	80	108	159	202	166	85	821
Ataque a la integridad de sistemas informáticos	49	77	76	86	87	113	51	539
Intercepción ilegal de datos	38	55	82	63	41	87	45	411
Transferencia electrónica de activo patrimonial	17	59	47	54	38	49	31	295
Revelación ilegal de base de datos	29	24	24	22	44	34	18	195
Total	3118	8230	8796	8421	9571	10 279	5048	53 463

Figura 1: Número de denuncias sobre delitos informáticos en Ecuador

Fuente: Fiscalía General del Estado FGE

Elaborado por: Rosales, (2022)

En la figura descrita se puede observar que, durante la última década, los delitos informáticos han incrementado exponencialmente, cada una de las modalidades registradas o tipos de delitos denota una alta capacidad de los ciberdelincuentes para conseguir su cometido, en este sentido: ¿es recomendable a nivel social que un ciberdelincuente pueda acceder a un beneficio como la suspensión condicional de la pena?

Más allá de responder la interrogante planteada en el párrafo anterior, se debe considerar la peligrosidad del delincuente para que se pueda sustituir la pena de cárcel por medidas alternativas. Esto no puede responder únicamente a factores personales, pasado judicial, aspectos familiares, sino que estos criterios deben evolucionar, pues básicamente el individuo sentenciado por delito de phishing al acceder al beneficio de la suspensión condicional de la pena encuentra las herramientas para volver a delinquir al alcance de un clic.

En este sentido: “Hay que implementar todas las medidas establecidas en las leyes ecuatorianas y las mencionadas anteriormente ya que estas son de vital importancia para evitar ser víctimas de estos casos y sobre todo para proteger nuestra información, debemos ser conscientes que nadie se entera de lo que no decimos o mostramos así que está en cada uno de nosotros cuidar nuestros datos ya que son uno de los bienes más importantes con lo que contamos y que dicen mucho de nuestro estilo de vida y de nuestra identidad (Aparicio, 2021).

En cuanto a las condiciones específicas que la ley específica para el cometimiento de delitos informáticos y particularmente sobre el phishing, es la estafa que se produce por la apropiación ilegal de información personal de la víctima, la conducta delictual implica acceder con el usuario y contraseña a las cuentas bancarias (generalmente, pero no

absoluto), para causar un perjuicio económico, es decir hurto, por lo que al momento de evaluar si se debe conceder la libertad condicional, es importante que el juez valore las consecuencias de los delitos informáticos.

Para esta valoración judicial, el juzgador debe ampararse en la norma, pero más allá de eso, debe aplicar la sana crítica para conceder o no un beneficio para el delincuente, el cual consiste en recuperar su libertad de forma condicionada, ante esto: ¿la norma es lo suficientemente clara para que pueda identificar en los delitos informáticos si es aplicable o no la suspensión condicional de la pena?

Es un debate ampliamente discutible, pues en los delitos informáticos, por lo general, el victimario nunca tiene un contacto presencial con su víctima, pero esto no significa que ello sea menos grave, pues dependerá del perjuicio que se ocasione, por lo que debe valorarse (la suspensión condicional de la pena) atendiendo los hechos de cada caso concreto.

2.2 Marco conceptual

2.2.1 Antecedentes familiares

“Registros relacionados entre los miembros de una familia junto con sus antecedentes médicos. Los antecedentes familiares pueden mostrar las características de ciertas enfermedades en una familia. También se llama antecedentes médicos familiares” (Jiménez, 2019).

2.2.2 Antecedentes personales

“Tener antecedentes familiares significa que una persona tiene uno o más parientes biológicos con un determinado problema de salud. Un médico puede estudiar los antecedentes familiares de una persona para tener una idea del riesgo de esa persona de tener un determinado problema de salud” (Vargas, 2016).

2.2.3 Antecedentes sociales

“Se aplica en la historia clínica al resumen de los detalles personales y sociales de la vida de un apersona que sirva para identificarla. Los componentes básicos de esta parte de la historia suelen ser lugar de nacimiento, religión, raza, estado civil, número de hijos, situación militar, historia laboral y lugar de residencia” (Arana, 2016).

2.2.4 Derecho penal informático

“Son aquellos sujetos que se introducen en sistemas remotos con la finalidad de destruir datos, denegar el ingreso a servicio de usuarios legítimos y por lo general causar daños a los sistemas, procesadores o redes informáticos, conocidos como piratas informáticos” (Cevallos, 2017).

2.2.5 Discriminación

“Discriminar quiere decir dar un trato distinto a las personas que en esencia son iguales y gozan de los mismos derechos; ese trato distinto genera una desventaja o restringe un derecho a quien lo recibe” (Corte Constitucional, 2021).

2.2.6 Mínima intervención penal

“Es un principio que limita el Ius puniendi del estado que presupone una necesidad social del delito y de la pena a través de una adecuada política criminal que busque encontrar la paz social” (Cabanellas, 2002).

2.2.7 Pasado judicial

“El pasado judicial consiste de una información registrada oficialmente y provista por el organismo competente Ministerio del Interior que tiene por finalidad determinar, mediante un documento Certificado de Antecedentes Penales legalmente establecido por el Estado la existencia o ausencia de antecedentes delictuales” (Houed, 2001).

2.2.8 Pharming

“El pharming, una combinación de los términos “phishing” y “farming”, es un tipo de cibercrimen muy semejante al phishing, en el que el tráfico de un sitio web es manipulado para permitir el robo de información confidencial. El pharming aprovecha los principios con los que funciona la navegación por Internet, es decir, la necesidad de convertir una secuencia de letras para formar una dirección de Internet, como el sitio de Google en una dirección IP por parte de un servidor DNS para establecer la conexión” (Kaspersky, 2022).

2.2.9 Phishing

“El phishing engaña a las víctimas para que entreguen las credenciales de todo tipo de cuentas confidenciales, tales como correo electrónico, intranets corporativas y mucho más. Incluso para los usuarios cautelosos, a veces es difícil detectar un ataque de phishing. Estos ataques se tornan cada más sofisticados: los hackers encuentran formas de adaptar sus estafas y enviar mensajes muy convincentes que pueden engañar a la gente con facilidad” (Kaspersky, 2022).

2.2.10 Suspensión condicional de la pena

“La suspensión condicional de la ejecución de la pena, es un beneficio penitenciario consistente en la cesación de la ejecución de la pena de prisión, condicionada al cumplimiento de un término de prueba cuya duración puede ser de dos a cinco años, en el que se imponen al condenado determinadas reglas de conducta” (Velásquez, 2014).

2.3 Marco legal

2.3.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

“Art. 5.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (ONU, 1948).

Análisis:

- Uno de los aspectos básicos del derecho es la dignidad de la persona y sobre todo el hecho de no ser sometido a torturas, incluso las penas crueles están prohibidas por los derechos humanos, este fundamento es el que permite hablar de penas menos crueles orientadas a garantizar la rehabilitación del reo y no solo encarcelar a la persona sin contar con un plan de reinserción social.

“Art. 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (ONU, 1948).

Análisis:

- Se denota como un derecho humano procesal que permite la oralidad y ejercer el principio de contradicción, el derecho a la defensa y sobre todo que quien juzgue sea un tribunal imparcial, el derecho se hizo no solo para castigar (hablando de derecho penal) sino también para buscar alternativas a la prisión siempre que el tipo penal lo permita.

“Art. 11.-

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más

grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (ONU, 1948).

Análisis:

- Se garantiza el principio de inocencia y la favorabilidad del reo, así mismo, como parte de la inocencia del reo se garantiza comprobar primero su culpabilidad para imponer una pena. Para que proceda la suspensión condicional, primero debe haber una sentencia ejecutoriada en firme, lo que permite al reo poder acogerse a este beneficio en función de las reglas del COIP.

2.3.2 Constitución del Ecuador

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes” (Asamblea Nacional, 2008).

Análisis:

- En concordancia con los artículos previamente analizados de la Declaración de los Derechos Humanos, uno de los derechos de libertad es la prohibición de penas crueles y degradantes, como bien se dijo en líneas anteriores es el fundamento para solicitar la suspensión condicional de la pena en obediencia de las reglas establecidas en el Código Orgánico Integral Penal.

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Asamblea Nacional, 2008).

Análisis:

- El artículo descrito dispone entre las reglas del debido proceso la proporcionalidad que debe existir entre la infracción y la sanción, si bien es cierto cada delito tiene una pena mínima y una pena máxima, se puede suspender la ejecución de la pena en razón de lo que dispone el artículo 630 del COIP.

“Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1.- La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley. 12.- Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley” (Asamblea Nacional, 2008).

Análisis:

- En cuanto a la privación de libertad, la Carta Suprema establece que esta no es la regla general, ahora bien, se debe entender esto en la prisión preventiva, es decir, previo a que exista una sentencia de mérito condenatoria que disponga la cárcel

como medida rehabilitadora para el procesado, sin embargo, el COIP establece mecanismos como la suspensión condicional de la pena analizado a lo largo del desarrollo de este trabajo investigativo.

Art. 78.- 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. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales” (Asamblea Nacional, 2008).

Análisis:

- La protección especial a las víctimas es precisamente para evitar un nuevo sometimiento al estado en el que se vulneraron sus derechos producto de ser partícipes de un delito en calidad de víctimas, parte de la reparación integral implica que el reo no pueda acercarse a la víctima para seguir cometiendo actividades ilícitas, de ahí la necesidad, entre otros fundamentos y causas, de una pena privativa de libertad.

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Asamblea Nacional, 2008).

Análisis:

- La seguridad jurídica es un elemento importante al momento de hablar de derechos y de su aplicación, le corresponde a este principio fundamental precautelar sistémicamente el derecho incluido el de última ratio para promover de manera adecuada el ejercicio de los derechos, entre ellos el sometimiento del reo al beneficio de la suspensión condicionada de su pena.

“Art. 201.- El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad” (Asamblea Nacional, 2008).

Análisis:

- La rehabilitación social es lo que permite reinsertar al individuo que ha cometido delitos en la sociedad civil, promueve el desarrollo de las capacidades de los internos y el cumplimiento de responsabilidades que deberán ejercer cuando recuperen su libertad, parte de esta rehabilitación consiste en el examen que debe hacer el juez para decidir si procede o no la suspensión condicional de la pena.

2.3.3 Código Orgánico Integral Penal

“Art. 3.- Principio de mínima intervención. - La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas.

Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”
(Asamblea Nacional, 2014).

Análisis:

- El principio de mínima intervención penal se limita exclusivamente a cuando sea necesario, por algo el derecho penal es denominado como de última ratio, en los delitos, los mecanismos extrapenales no son válidos, incluso la suspensión condicional de la pena es un mecanismo propio del derecho penal aplicable solamente en función de las reglas que devienen de la norma punitiva.

“Art. 4.- Dignidad humana y titularidad de derechos. - Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento” (Asamblea Nacional, 2014).

Análisis:

- Como parte de la dignidad humana se establece que la aplicación de los derechos humanos, conservando la titularidad de los mismos, pero con ciertas limitaciones siendo una de ellas la privación de la libertad. La privación de la libertad está sujeta a sus propias reglas, no es irrefutable, existen mecanismos que permiten la libertad condicional.

“Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción” (Asamblea Nacional, 2014).

Análisis:

- Uno de los principios procesales en el derecho penal es el de la favorabilidad que satisface a la persona procesada el sentido que la ley se debe aplicar en razón de las penas menos rigurosas cuando existan dos normas que en conflicto. La favorabilidad se aplica entre otros sentidos, cuando se suspende la privación de la libertad y se concede al reo una libertad condicionada, es decir, ejerce su castigo siendo libre.

“Art. 12.- Derechos y garantías de las personas privadas de libertad. - Las personas privadas de libertad gozarán de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos:

1. Integridad: la persona privada de libertad tiene derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual. Se prohíbe toda acción, tratamiento o sanción que implique tortura, castigos corporales, castigos colectivos, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona o cualquier forma de trato discriminatorio, cruel, inhumano o degradante” (Asamblea Nacional, 2014).

Análisis:

- La integridad de la persona procesada es una garantía y un derecho, por lo tanto, no puede imponerse sanciones crueles, inhumanas y degradantes, por tal motivo, la restricción de la libertad puede sustituirse, siempre que se cumplan los

requisitos previstos en la ley, por la libertad condicional una vez que el juez ha calificado los requisitos previstos en la norma penal.

“Art. 230.- Interceptación ilegal de datos. - Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años: 1. La persona que, sin orden judicial previa, en provecho propio o de un tercero, intercepte, escuche, desvíe, grabe u observe, en cualquier forma un dato informático en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, una señal o una transmisión de datos o señales con la finalidad de obtener información registrada o disponible” (Asamblea Nacional, 2014).

Análisis:

- El numeral 1 del artículo 230 del Código Orgánico Integral Penal regula el phishing de manera abierta como un mecanismo de interceptar datos de forma ilegal, la pena va de 3 a 5 años, se ha cuestionado si en efecto es prudente que la suspensión de la pena aplique para los delitos informáticos, y cabe preguntar si ¿existen garantías suficientes de que el reo con libertad condicionada no se dedique nuevamente al cometimiento de phishing y sus diversas modalidades?

“Art. 630.- Suspensión condicional de la pena. - La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años. 2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida

alternativa en otra causa. 3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena. 4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. La o el juzgador señalará día y hora para una audiencia con intervención de la o el fiscal, el sentenciado, la o el defensor público o privado y la víctima de ser el caso, en la cual se establecerán las condiciones y forma de cumplimiento durante el período que dure la suspensión condicional de la pena. La falta de presentación de los requisitos establecidos en los números 2 y 3 podrá ser completada en cualquier momento con una nueva solicitud” (Asamblea Nacional, 2014).

Análisis:

- La suspensión condicional de la pena ha sido analizada en líneas anteriores como un beneficio para el reo, en el caso de la aplicación del artículo 230 del COIP (phishing) se denota que este cumple con la regla 1 del artículo 630 ibidem. Sin embargo, no es posible, a simple vista, afirmar que a través de los antecedentes sociales, personales y familiares sean indicativos suficientes para suspender la ejecución de la pena.

“Art. 631.- Condiciones. - La persona sentenciada durante el período que dure la suspensión condicional de la pena cumplirá con las siguientes condiciones:

- 1) Residir en un lugar o domicilio determinado e informar cualquier cambio del mismo a la autoridad competente que establezca la o el juzgador.
- 2) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas.
- 3) No salir del país sin previa autorización de la o el juez de garantías penitenciarias.
- 4) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza.

- 5) Tener o ejercer un trabajo, profesión, oficio, empleo o voluntariamente realizar trabajos comunitarios.
- 6) Asistir a algún programa educativo o de capacitación.
- 7) Reparar los daños o pagar una determinada suma a la víctima a título de reparación integral o garantizar debidamente su pago.
- 8) Presentarse periódicamente ante la autoridad designada por la o el juzgador y en su caso, acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas.
- 9) No ser reincidente.
- 10) No tener instrucción fiscal por nuevo delito” (Asamblea Nacional, 2014).

Análisis:

- Si una persona que ha cometido el delito de phishing continúa ejerciendo un trabajo en el que se haga uso de equipos informáticos, entonces no es posible garantizar que no vuelva a cometer la conducta antijurídica, y eso pasa casi en todos los delitos, pues las probabilidades de que el procesado siga incurriendo en conductas delictuales es considerablemente amplia.

2.3.4 Código Civil

“Art. 47.- El domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado”
(Congreso Nacional, 2005).

Análisis:

- Este artículo es concordante con los requisitos que debe cumplir el procesado una vez que se acoge al beneficio de la suspensión condicional, ya que debe residir en un domicilio y las autoridades competentes deben conocer en donde va a residir.

Art. 48.- El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad” (Congreso Nacional, 2005).

Análisis:

- Este artículo también es concordante con los requisitos que debe cumplir el procesado una vez que se acoge al beneficio de la suspensión condicional, ya que afirma lo que resalta el artículo 47 del Código Civil, es decir, amplía el concepto del domicilio de una persona.

2.3.5 Jurisprudencia

a. Suspensión condicional ¿se debe tomar en cuenta la pena en concreto o en abstracto?

De acuerdo al criterio no vinculante emitido por la Corte Nacional de Justicia mediante Oficio Nro. 953-P-CNJ-2019: “Para la aplicación de la suspensión condicional de la pena, se debe en primer término, determinar que la descripción típica del delito por el que se sentenció no tenga una pena que exceda los cinco años de privación de libertad (pena en abstracto)” (Corte Nacional de Justicia, 2019).

Análisis:

- Las Cortes provinciales pueden sustanciar la suspensión condicional de la pena, el requisito sine quan non es que el delito en cuestión no sea contrario a las reglas establecidas para tal efecto y que la pena en abstracto no sea mayor a 5 años, esto permite la economía procesal entre otros principios en el sentido procesal.

b. La Corte Provincial puede resolver el pedido de suspensión condicional de la pena privativa de libertad

De acuerdo al criterio no vinculante emitido por la Corte Nacional de Justicia mediante Oficio Nro. 953-P-CNJ-2019: “Aplicar la suspensión condicional de la pena privativa de libertad por parte del tribunal de apelación, desarrolla los principio de economía procesal, simplificación e igualdad ante la ley, pues permite que este derecho pueda ser reclamado y de ser el caso concedido, por todo condenado primario por una conducta reprochable, pero de menor relevancia penal, permitiendo así de mejor manera su efectiva resocialización y readaptación social” (Corte Nacional de Justicia, 2019).

Análisis:

- La suspensión condicional es un derecho que tiene el procesado a buen recaudo para reclamarlo cuando se adecúe a los preceptos legales establecidos en la norma penal; por lo que el tribunal de segunda instancia, si así se considerare, puede ejecutar y valorar la suspensión condicional, ya que la naturaleza jurídica de dicha figura es hacer de la condena una pena más humana.

c. Suspensión condicional de la pena por el tribunal de apelación

De acuerdo al criterio no vinculante emitido por la Corte Nacional de Justicia mediante Oficio Nro. 1103-P-CNJ-2018: “El Tribunal de Apelación, que revoque una sentencia absolutoria, y condene, podría aplicar la suspensión condicional de la pena privativa de libertad (a petición de parte, es decir si se solicitado en audiencia). De igual forma podría ocurrir que no se concedió la suspensión condicional en primera instancia, a pesar de que se solicitó, y esa decisión que forma parte de la sentencia, puede ser parte del fundamento de la apelación, puede entonces el Tribunal de Alzada, determinar que sí

era procedente la concesión de la suspensión y concederla” (Corte Nacional de Justicia, 2017).

Análisis:

- Si la suspensión condicional de la pena no se concedió en primera instancia, puede solicitarse en el tribunal de alzada, sin que se considere como cosa juzgada, por ende, si es procedente siempre que la sentencia de segunda instancia modifique total o parcialmente la sentencia de primera instancia.

d. Cálculo del tiempo para la petición de suspensión condicional de la pena

De acuerdo al criterio no vinculante emitido por la Corte Nacional de Justicia mediante Oficio Nro. 1004-P-CNJ-2019: “...La suspensión condicional de la pena puede solicitarse en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinte y cuatro horas posteriores; por ejemplo, si la audiencia de juicio se convocó a las 09h00 y finalizó a las 16h00, el tiempo para la solicitar la suspensión condicional de la pena para unos es las 16h00 del día siguiente, y para un juez provincial empieza a recurrir de forma inmediata, pero concluye a las 17h00 del día siguiente considerando como fin de la jornada laboral... En cambio, la suspensión condicional de la pena no privativa de libertad, es un derecho del condenado al que se accede vía petición, no por medio de un recurso. Esta petición se la puede direccionar al juzgador incluso dentro de las veinticuatro horas posteriores a la audiencia de juicio (entendemos a la decisión oral de condena). A primera facie podríamos razonar que para esta petición corren plazos, es decir todos los días y horas, empero esta interpretación en muchos casos afectaría el ejercicio del derecho del condenado a pedir la suspensión condicional de la pena, (entenderíamos también que se limitaría el derecho a acceso a la justicia) puesto que si por ejemplo, en el juicio, la decisión oral se dicta el día viernes a las 15h00, la petición debería presentarse el día

sábado hasta las 15h00 (plazo), trámite que en la práctica no es posible hacerlo, pues la atención al usuario de las unidades judiciales en general, conforme al horario judicial, es de lunes a viernes de 08h00 a 17h00, salvo únicamente las unidades de flagrancia, que son competentes solamente para conocer infracciones flagrantes. Por ende, la interpretación que más se apega de manera integral al contenido de la Constitución de la República, en desarrollo del principio de favorabilidad y del derecho al acceso a la justicia sería: La petición de solicitud de suspensión condicional de la pena que no se ha propuesto en la misma audiencia, debe hacérsela hasta el último momento de la jornada laboral del siguiente día en que fue adoptada y notificada la decisión oral de condena. Pero si esta decisión se adoptó un día viernes o vísperas de un día feriado, el condenado puede pedir la suspensión condicional de la pena hasta las 17h00 del día hábil siguiente. Sobre esta temática, y de así creerlo necesario, se ha sugerido que las y los señores magistrados que integran la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, propongan al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, un proyecto de resolución general y obligatoria” (Corte Nacional de Justicia, 2019).

Análisis:

- Se establece que la suspensión condicional de la pena bien puede solicitarse en la misma audiencia de juicio o 24 horas posteriores a dicha audiencia. La petición de solicitud de suspensión condicional de la pena audiencia, debe hacérsela hasta el último momento de la jornada laboral del siguiente día en que fue adoptada y notificada la decisión oral de condena siempre que no se haya propuesto en la misma Interrupción de la prescripción de la pena en la suspensión condicional.

e. Resolución no. 02-2016 en el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional

De acuerdo a la Resolución Nro. 02-2016 de la Corte Nacional de Justicia: “Si la persona sentenciada incumple cualquiera de las condiciones impuestas o transgreda el plazo pactado, la o el juzgador de garantías penitenciarias ordenará inmediatamente la ejecución de la pena privativa de libertad; desde el día en que el juez dicte esta orden comenzará a correr el tiempo para la prescripción de la pena” (Corte Nacional de Justicia, 2019).

Sobre la suspensión condicional de la pena: “Esta institución genera un beneficio que se lo puede otorgar a aquellos condenados a privación de libertad en el juicio oral o en la primera sentencia de condena; es decir, en el procedimiento ordinario, y cuya peligrosidad no reviste de riesgo alguno para la sociedad, esto con el fin de que puedan ser reeducados, sometidos a exámenes médicos y psicológicos, mientras mantienen una profesión u oficio, o realizan tareas comunitarias; todo ello con la finalidad de que puedan reintegrarse a la sociedad, y luego de que se haya reparado a la víctima. En el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional” (Corte Nacional de Justicia, 2016).

f. Suspensión condicional de la pena privativa de libertad en las contravenciones

De acuerdo al criterio no vinculante emitido por la Corte Nacional de Justicia mediante Oficio Nro. 1103-P-CNJ-2018: “La suspensión condicional de la pena privativa de libertad no cabe en las contravenciones. Esta figura, que humaniza el sistema punitivo, pierde razón de ser en los casos de condena por delitos cuya acción es de ejercicio privado, en que puede ponerse fin a la pena por vía de remisión. Temática que fue dada a conocer

mediante Oficio No. 667-15-SGCNJ, de fecha 6 de mayo de 2015, dirigido al señor presidente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura” (Corte Nacional de Justicia, 2018).

Análisis:

- No es posible la aplicación de la suspensión condicional de la pena en las contravenciones, ya que es propia del derecho punitivo público en base a las reglas analizadas a lo largo de esta tesis.

2.3.6 Derecho comparado

a) Colombia:

De acuerdo al Código Penal colombiano, conforme al artículo 269C: “El que, sin orden judicial previa intercepte datos informáticos en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, o las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que los transporte incurrirá en pena de prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses” (Congreso Nacional de Colombia, 2009).

En Colombia, conforme reza el artículo 63 del Código Penal y siguientes: “La suspensión de la ejecución de la pena es una figura que permite al presunto infractor suspender por un determinado tiempo la sanción de privación de libertad impuesta. Es decir, que, en vez de ser llevado a prisión, pueda seguir en libertad bajo constante vigilancia, para que la acción penal pueda cesar por completo” (Pulido, 2010).

b) México:

De acuerdo al artículo 195 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se define a la suspensión condicional de la pena como: “La salida alterna, que propone el mismo sistema, a fin de que la persona inculpada o imputada pueda terminar su proceso penal, cumpliendo con un plan de reparación del daño y una serie de condiciones” (Corte

Nacional de Justicia, 2019). El objetivo de la suspensión condicional consiste en dar por terminado el proceso ordinario penal sin tener que llegar a un juicio oral y por ende sin que medie una sentencia, brindando la oportunidad al imputado de que cumpliendo con esta salida alterna se extinga la acción penal (Endara, 2018).

Para fijar las condiciones, el Juez de control podrá disponer que el imputado sea sometido a una evaluación previa. El Ministerio Público, la víctima u ofendido, podrán proponer al Juez de control condiciones a las que consideran debe someterse el imputado. El artículo 195 de la norma *ibidem* indica que: “El Juez de control preguntará al imputado si se obliga a cumplir con las condiciones impuestas y, en su caso, lo prevendrá sobre las consecuencias de su inobservancia” (Ministerio Público de Justicia, 2019).

c) Chile:

De acuerdo al Código Penal chileno artículo 202.b: Todo aquel que intercepta ilegalmente datos (sección 202a (2)) no previstos por él, por sí mismo o mediante otra técnica de una instalación de procesamiento de datos que no sea pública o de la emisión electromagnética de un centro de procesamiento de datos, será castigado con pena de prisión no superior a dos años o una multa, a menos que el delito incurra en una pena más grave en virtud de otras disposiciones (Congreso Nacional Chile, 1993).

Esta norma reafirmaría que el bien jurídico protegido “privacidad de la información” sea resguardado con mayor efectividad, ya que, para que se configure el tipo penal es necesario que la información a que el sujeto activo accede se encuentre protegida del acceso público.

El derecho comparado permite evidenciar que los requisitos para la concesión de la suspensión de la pena a través de una libertad condicional recaen sobre la conducta cometida, pero no sobre requisitos que involucran a terceros, por lo que es importante una revisión de los requisitos que dispone el COIP para la suspensión condicional.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Metodología

La metodología de la investigación se define como la ciencia que dota a la persona que investiga de los conceptos suficientes además de otros aspectos como principios y leyes que contribuyen a la excelencia en el proceso de investigación científica y jurídica. El diseño de la investigación es no experimental, pese a ello, no se puede sintetizar que se trate de un estudio netamente cualitativo en virtud de la importancia de la valoración de los datos numéricos de las encuestas.

El diseño de la investigación es importante porque es lo que le da molde al tema que se analiza. Así pues, la doctrina define que: “Diseño Plan o estrategia que se desarrolla para obtener la información que se requiere en una investigación y responder al planteamiento” (Hernández, 2014).

3.1.1 Método del nivel teórico: inductivo – deductivo

El método inductivo-deductivo está conformado por dos procedimientos inversos: inducción y deducción” (Rodríguez & Pérez, 2017). Se conoce que el método inductivo y el método deductivo puede concretárselos por separado, pero unidos conllevan un proceso más completo que radica en analizar y deducir en base a la descomposición del tema tratado.

Este método contribuye al desarrollo de la investigación planteada, pues a través del análisis de los componentes de la suspensión condicional de la pena, así como también los requisitos para que sea concedida, permitirá una correcta valoración y comprensión del procedimiento y de qué manera se vulneran los derechos de la persona procesada, que

incluso pueden sufrir discriminación, pues una incorrecta valoración de los requisitos puede implicar una afectación de derechos constitucionales.

3.1.2 Método descriptivo

Estudios descriptivos Busca especificar propiedades y características importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describe tendencias de un grupo o población (Hernández, 2014). El método descriptivo pese a que se lo considera parte fundamental del enfoque cuantitativo, es importante destacar que describir el problema de estudio contribuye a su entendimiento.

Conocer cómo se tramita la suspensión condicional de la pena se comprende en su totalidad gracias a las características de la institución jurídica que se analiza, sus elementos, cómo funciona y que posibles falencias se puede evidenciar en la ley. Así mismo debe describirse cuál es el comportamiento del juez, pues al ser el que valora, debe ejercer la imparcialidad y la objetividad para promover la resolución con un alto sentido de justicia.

3.1.3 Método sistemático

Ordena los conocimientos agrupándolos en sistemas coherentes, para lo cual puede combinarse con el método inductivo (Ponce, 2014). Estudia las formas en que se ordenan en un todo, una serie de conocimientos, de manera que resulten claras las relaciones y dependencias recíprocas de las partes componentes del todo (Ponce, 2014). La sistematización es la base de la metodología porque es sinónimo de orden.

Los conocimientos agrupados y sistematizados permiten obtener conclusiones certeras sobre la posible vulneración de derechos constitucionales, además, durante la realización de las encuestas y las entrevistas, la interpretación sistemática de tales

cuestionarios contribuye al afianzamiento de la hipótesis de estudio además que promueven una interpretación de los instrumentos utilizados en la investigación.

3.2 Tipo de investigación

3.2.1 Investigación bibliográfica o documental

“Se concreta exclusivamente en la recopilación de información en diversas fuentes. Indaga sobre un tema en documentos -escritos u orales-; uno de los ejemplos más típicos de este tipo de investigación son las obras de historia” (Paella & Martins, 2012). La investigación bibliográfica, pese a que es un tipo de investigación secundaria, se reputa como vital en la investigación jurídica.

Además de la revisión bibliográfica, se debe seleccionar y escoger la información más relevante. Por ejemplo, debido a la revisión de jurisprudencia, se tiene que elegir los fallos que en su parte pertinente denoten que no existe una regla para la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares en la suspensión condicional de la pena.

3.2.2 Investigación correlacional

“Estudio correlacional Asocian variables mediante un patrón predecible para un grupo o población” (Hernández, 2014). La investigación correlación es un tipo de investigación no experimental, se debe medir dos variables sin la intromisión de una variable extraña, se interpretan la relación de las variables debido a los resultados estadísticos de los cuestionarios implementados.

Se tiene como hipótesis la valoración de los antecedentes personales, familiares y sociales de la persona sentenciada como requisito para conceder o negar la suspensión condicional de la pena, y la posible vulneración del derecho a la no discriminación configurado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador debido a una incorrecta valoración.

3.2.3 Investigación descriptiva – explicativa

“El propósito de este nivel es el de interpretar realidades de hecho. Incluye descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual, composición o procesos de los fenómenos” (Paella & Martins, 2012). La investigación descriptiva como tipo de investigación se asocia directamente como el método descriptivo.

Es importante, tal como se ha recalcado anteriormente, conocer cómo funciona la aplicación de la suspensión condicional de la pena y que posibles falencias se puede evidenciar en la ley. Describir y explicar contribuye al cumplimiento de los objetivos planteados en esta investigación a fin de que se pueda implementar las conclusiones que sustenten el cumplimiento de la sistematización del problema.

3.3 Enfoque

El enfoque de la investigación es mixto, en virtud de que se trata de una investigación cualitativa y cuantitativa. El Enfoque cuantitativo: “Utiliza la recolección de datos para probar hipótesis con base en la medición numérica y el análisis estadístico, con el fin establecer pautas de comportamiento y probar teorías” (Hernández, 2014).

Por otra parte, el Enfoque cualitativo: “Utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación” (Hernández, 2014). En definitiva, se evidencia la necesidad de implementar un enfoque cualitativo a través de la investigación documental pero también la revisión de los datos numéricos obtenidos a través de las encuestas.

3.4 Técnica e instrumentos

3.4.1 Entrevista

La entrevista: “Se define como una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras

(entrevistados). En el último caso podría ser tal vez una pareja o un grupo pequeño como una familia o un equipo de manufactura” (Hernández, 2014).

Se realizará entrevistas a profesionales en el área en la que se encuentra inmersa la temática que se analiza: directores de centros de privación de libertad, abogados en derecho penal, abogados en derecho penitenciario, abogados de derechos humanos, Persona sentenciada que se ha acogido a la suspensión condicional

3.4.2 Encuesta

En cuanto a las encuestas o cuestionarios cerrados, estas se definen como un método propiamente dicho se consideran además como: “Investigaciones no experimentales transversales o transaccionales descriptivas o correlacionales-causales, ya que a veces tienen los propósitos de unos u otros diseños y a veces de ambos, pueden ser preguntas dicotómicas” (Hernández, 2014).

Se realizará encuestas a profesionales en el área en la que se encuentra inmersa la temática que se analiza, es decir profesionales de derecho expertos derecho penal y derecho penitenciario, pues son parte de la población idónea que permite determinar cómo influye la suspensión condicional de la pena las personas privadas de libertad que ejercer su derecho a acogerse a tal procedimiento.

3.5 Población y muestra

Se utilizará como población el padrón de socios del Colegio de Abogados del Guayas, para efectos de esta tesis se redondeará a 16 mil personas.

Tabla 1: Definición de universo de población

Universo de población		
Ítem	Población	Cantidad
1	Colegio de Abogados del Guayas	95
2	Abogados especialistas en derecho penal	5
Total		100

Fuente: Colegio de abogados del Guayas

Elaborador por: Rosales, (2022)

Para la muestra, se toma como base las 95 personas que conforman dicha organización; se aplica la herramienta digital que se describe a continuación:

<http://www.surveysoftware.net/sscalce.htm>

Precisar Tamaño de Muestra

Nivel de Confianza: 95% 99%

Intervalo de Confianza:

Población:

Tamaño de Muestra preciso:

Figura 2: Precisión del tamaño de la muestra a utilizar

Fuente: Calculadora de precisión de muestra

Elaborado por: Rosales, (2022)

3.6 Análisis de las entrevistas

Tabla 2: Entrevista nro. 1

Entrevista Nro. 1		
Objeto:	Determinar la opinión de los expertos sobre la suspensión condicional de la pena en el delito de phishing	
Ítem	Pregunta	Respuesta
1	<p>1.- ¿Considera usted que, ante la existencia de un conflicto normativo entre los arts. 630 numeral 3 del COIP y el art. 11 numeral 2 de la Constitución, puede existir discriminación por el pasado judicial de la persona sentenciada, debido a la inexistencia de reglas claras que permitan una adecuada valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?</p>	<p>Conflicto normativo implicaría si hubiera contradicción, discrepancia o incongruencia entre dos normas jurídicas de la misma jerarquía, sin embargo, el Art. 3, inciso 2, Núm. 1 de la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, da la solución a este problema jurídico. Las normas jurídicas sean estas leyes ordinarias, orgánicas y demás decretos y resoluciones deberán guardar armonía con cada una de los artículos de la constitución, así como la constitución deberá coincidir y buscar el mismo fin con lo plasmado en los tratados y convenios internacionales concernientes a los derechos humanos.</p> <p>En lo que respecta al contenido del numeral 3 del Art 630 del COIP, esta cuestión jurídica ya ha sido resuelta mediante pronunciamiento de la corte constitucional mediante sentencia Nro. 7-16-CN/19 de fecha 28 de agosto del 2019, específicamente en sus puntos 39, 40 y 41 de la sentencia constitucional en mención, indicando que el juzgador de primer nivel debe solicitar dicha documentación exigida en el numeral 3 del Art 630 del COIP, pero no aquella que implique una “erogación económica”, queriendo decir que sea un gasto o desembolso de dinero por parte del sentenciado o de la familia de este.</p> <p>En relación a lo contemplado en el Ar. 11 Núm. 2 de la Constitución, al establecer que no haya discriminación alguna dentro de los aspectos detallados en el contenido de dicho artículo, la disposición legal del numeral 3 del Art 630 del COIP, no guarda armonía. Sin embargo, desde mi punto de vista no sería inconstitucional, porque la ley exige estos requisitos a fin de precautelar más que todo la seguridad e integridad física y</p>

	personal de la sociedad, sociedad en la que el sentenciado va a ser reinsertado a enceto de cumplir con el restante de la pena impuesta.
2.- ¿En su opinión, considera usted que los jueces pueden incurrir en discriminación al momento de valorar los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?	Totalmente, porque deja a discrecionalidad del juez si procede o no la suspensión de la pena, la sentencia Nro. 7-16-CN/19 de fecha 28 de agosto del 2019 de la corte constitucional, solo obliga al juzgador de no exigir documentos que generen una “erogación económica” al sentenciado o a su familia. Dejando puerta abierta a solicitar documentos que puedan suplir la valoración de los documentos que ya no se exigen.
3.- ¿En su opinión, considera usted que la suspensión condicional de la pena contribuye a la rehabilitación social de las personas sentenciadas por phishing en razón de lo que dispone el artículo 1 del COIP?	La suspensión es un beneficio que permite que el sentenciado cumpla la pena dentro de la sociedad activa de un estado, desde mi punto de vista no contribuye a ninguna rehabilitación, porque toda persona sentenciada y que esté cumpliendo la pena sentenciada por el delito de hackeo o engaño informático, va a tener a su disposición cualquier dispositivo electrónico a fin de cometer nuevamente este tipo de delitos electrónicos. Deberían cumplir la pena dentro del centro de rehabilitación establecido, pero considerando su peligrosidad que es baja, deben ser ubicados en un área designada a personas privadas de la libertad consideradas como no peligrosas a la integridad física y psicológica de la sociedad.
4.- ¿Considera usted que existe un vacío legal en cuanto a la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares en la aplicación de la suspensión condicional de la pena el Código Orgánico Integral Penal?	Más que un vacío legal, esta disposición legal genera y le permita una gran discrecionalidad al juzgador en conceder o no conceder la suspensión de la pena. Debiéndose desde mi punto de vista evaluar la personalidad del sentenciado para así tener una conclusión técnica si es procedente y beneficioso para la sociedad y para el reo, que el sentenciado cumpla la pena fuera de centro penitenciario.
5.- ¿Considera usted que, ante la negativa de la suspensión condicional de la pena, se puede impugnar la decisión del juzgador argumentando	La sentencia Nro. 7-16-CN/19 de fecha 28 de agosto del 2019 de la corte constitucional, Aquí está resuelto dicha problemática.

	discriminación por pasado judicial en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?	
Análisis	Se declara que es cierto que la norma constitucional, artículo 11 numeral 2 de dicho cuerpo normativo no guarda armonía con lo previsto en el numeral 3 del artículo 630 del COIP, pero más allá de que dichos preceptos no guarden relación directa, no es cierto, en palabras del entrevistado, que exista inconstitucionalidad alguna en el tema concreto tratado en esta tesis, pues debe prevalecer la seguridad ciudadana por encima del sentenciado quien debe cumplir una pena, sujetarse al libertad condicional es un beneficio que definitivamente no puede darse a todo aquel que irrumpa la ley, debe tratarse de casos excepcionales en cumplimiento de la normativa legal vigente.	
Datos del entrevistado	Abg. Luis Arturo Herrera Pesantes Mat. Foro de Abogados 09-2014-629	

Fuente: Entrevistas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Tabla 3: Entrevista nro. 2

Entrevista Nro. 2		
Objeto:	Determinar la opinión de los expertos sobre la suspensión condicional de la pena en el delito de phishing	
Ítem	Pregunta	Respuesta
2	1.- ¿Considera usted que, ante la existencia de un conflicto normativo entre los arts. 630 numeral 3 del COIP y el art. 11 numeral 2 de la Constitución, puede existir discriminación por el pasado judicial de la persona sentenciada, debido a la inexistencia de reglas claras que permitan una adecuada valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?	Si existe discriminación al mencionar los antecedentes personales, por cuanto una persona no estar sujeta a sus antecedentes personales o judiciales para acceder a un beneficio penitenciario, a excepción de la reincidencia.
	2.- ¿En su opinión, considera usted que los jueces pueden incurrir en discriminación al momento de valorar los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?	Si, según lo detallado en la pregunta anterior.
	3.- ¿En su opinión, considera usted que la suspensión condicional de la pena contribuye a la rehabilitación social de las personas sentenciadas por phishing en razón de lo que dispone el artículo 1 del COIP?	Es un beneficio penitenciario, antes de que avoquen conocimiento los Jueces de Garantías Penitenciarias, sin embargo, sino existe un equipo técnico de trabajo social y psicológico no hay control de que la persona sentenciada exista una verdadera rehabilitación social.
	4.- ¿Considera usted que existe un vacío legal en cuanto a la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares en la aplicación de la suspensión condicional	Totalmente de acuerdo, debería existir un reglamento con especificaciones respecto a la concesión de la suspensión condicional de la pena, debiéndose considerar la declaración universal de derechos humanos y la no violación de derechos fundamentales.

	de la pena el Código Orgánico Integral Penal?	
	5.- ¿Considera usted que, ante la negativa de la suspensión condicional de la pena, se puede impugnar la decisión del juzgador argumentando discriminación por pasado judicial en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?	Actualmente es impugnabile la negativa de la suspensión condicional de la pena en general según el artículo 653 del Código Orgánico Integral Penal. En los inicios del COIP no era susceptible de recurso de apelación la negativa de la suspensión de la penal, en razón de que el legislador no lo consideró, más adelante existió una reforma a la norma legal invocada, ello tomando en consideración el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en donde establece que todos los autos y sentencias se puede recurrir, es decir se puede presentar recursos de carácter vertical.
Análisis	La existencia de discriminación, para el entrevistado, sugiere que un procesado no debe sujetarse a la revisión de antecedentes, ya que anteriormente, no debe haber cometido delito alguno, pues no es posible ejercer la suspensión condicional cuando la persona procesada es reincidente, de ahí la importancia de que existan un fundamento para la exigencia del numeral 3 del artículo 630 del COIP, regla que no existe y que la jurisprudencia no ha explicado de manera concreta.	
Datos del entrevistado	Abg. Víctor José Díaz Arias Mat. Foro de Abogados 09-2016-1013	

Fuente: Entrevistas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Tabla 4: Entrevista nro. 3

Entrevista Nro. 3		
Objeto:	Determinar la opinión de los expertos sobre la suspensión condicional de la pena en el delito de phishing	
Ítem	Pregunta	Respuesta
3	<p>1.- ¿Considera usted que, ante la existencia de un conflicto normativo entre los arts. 630 numeral 3 del COIP y el art. 11 numeral 2 de la Constitución, puede existir discriminación por el pasado judicial de la persona sentenciada, debido a la inexistencia de reglas claras que permitan una adecuada valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?</p>	<p>En relación a la pregunta uno de la entrevista, si existiría un conflicto entre el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal en relación con el artículo once, numeral dos de la Constitución de la República sobre la prohibición de discriminación por el pasado judicial o el antecedente. Deberíamos entender algo en esta posición, al menos quien esta respondiendo a esta pregunta, siempre considero que el tema de la suspensión condicional de la pena El número al tercero genera un conflicto porque si para la transacción en materia penal se exige como requisito que el delito no exceda de cinco años de privación de libertad como sanción para poder arribar a una justicia negociada, la suspensión condicional También prevé que para ese beneficio el delito no exceda de una pena de cinco años. Es decir, El espíritu del legislador es considerar que delitos menores, eh que puedan provocar una reinserción social puede ser objeto de suspensión condicional de la pena que es conocida en México como pena conmutada conmutación de pena es una especie de política para no generar un hacinamiento carcelario y provocar una re inserción social de alguien que por algún momento o alguna circunstancia de su vida Cometió un delito menor por el cual, pues no se haga necesario que tenga que purgar una pena privativa de libertad, sino que pueda llevarla en libertad en suspensión condicional, cumpliendo con condiciones que no es que lo van a dejar exento de responder ante la sociedad sobre el crimen cometido, porque va a estar sujeto a condiciones que deberá cumplirla, inclusive Dentro de esas condiciones, Existe la presentación periódica. En caso de incumplir alguna de esas condiciones, volverá al régimen carcelario. Es decir que no queda liberado del proceso, pero se por el hecho de que tengo una suspensión</p>

		<p>condicional de privación de libertad. El seguirá cumpliendo una condena, pero en libertad. ¿Cuáles son esas condenas? Las condiciones que establece la suspensión condicional de la pena. Entonces hubo una inadecuada redacción en el numeral tercero, al dejar en ambigüedad el hecho de que sea negada si las circunstancias, los antecedentes familiares o personales, la persona procesada sea indicador de que sea necesario que se cumpla la condena Allí En ese aspecto, debieron haber dicho simple y llanamente como para poder limitar ese beneficio y no sea de una aplicación libre. Porque ese es el problema que trató de buscar el legislador de que ese beneficio no sea de una aplicación indefinida. Es decir, para una persona que se especialice en cometer delitos de menos de cinco años de privación de libertad, entiéndase robo simple que sea una persona que se dedica al robo simple y sea una persona reiterativa en esa comisión De la falta sale, se beneficia, cumple condena, se beneficia con supresión condicional y otra vez aplica suspensión condicional sin que exista una restricción para hacer beneficio exagerado de la medida de suspensión condicional, pues el legislador trató de aplicar ese sentido del numeral tercero que por los antecedentes del hecho o familiares sea necesario que cumpla la condena. Allí ya se volvió restrictivo el beneficio de la suspensión condicional. Debieron haber indicado sencillos ese número al tercero, que en caso de reincidencia específica esa persona no se haga merecedora del beneficio de suspensión condicional y deberá cumplir la condena. No se afectaría el tema del antecedente judicial o discriminación que prohíbe la constitución de numeral. Artículo once, numeral Segundo porque es para efectos de que el pasado judicial no sé indicador para una discriminación que te otorguen una reinserción social, pero en este caso es la garantía, pero sí en la norma penal. Determina que, si tú eres reincidente de un acto, es decir, tú ya estás abandonando, la reinserción social porque está siendo reiterativo en la comisión de un</p>
--	--	---

		<p>delito por el cual amerita ser privada con sentencia. Entonces allí ya no se estaría discriminando por el pasado judicial. ¿Porque quién estaría incurriendo? En no acogerse a un beneficio. Es el que reiteradamente comete una infracción que no exceda de cinco años y que él se estaría perjudicando en beneficiarse en un derecho a su suspensión condicional, porque ya se vuelve un peligro social por el hecho de dedicarse habitualmente a generar comisión de delitos que no excedan de cinco años de privación de libertad. Es decir, alguien especializado en hurto en abigeato en robo simple en delitos de pánico bancario o un delito de apropiación fraudulenta por redes que en una forma prácticamente imprudente el rango de pena se estaría ubicando en menos de cinco años. Y los delitos de phishing que es el pan nuestro de cada día y que genera pánico bancario, alarma social y no solamente ese delito en apropiación fraudulenta por redes, sino el delito de transferencia patrimonial a través de medios electrónicos, que también es grave porque eso afecta el pánico bancario hacia el patrimonio de los cuentaahorristas y cuentacorrentistas que generan la confianza en el banco y que La Ser vulnera sus seguridades por hacker generan un pánico bancario y esa persona recibe una pena inferior a cinco años de privación de libertad. Entonces estas personas, al ser reiterada en ese tipo de modalidad, se estarían beneficiando de un tipo de suspensión condicional y se irían contribuyendo al pánico social, al pánico bancario. Y no se cumpliría con la obligación ciudadana de garantizar el buen vivir como obligación y deberes del ciudadano determinada dentro de la Constitución de la República y al mismo tiempo, se estaría dejando en indefensión a víctimas y al bien común.</p>
	<p>2.- ¿En su opinión, considera usted que los jueces pueden incurrir en discriminación al momento de valorar los antecedentes personales,</p>	<p>En cuanto a la pregunta dos, si los jueces incurrirían en discriminación al valorar los antecedentes personales del procesado del entorno familiar como indicador de que no se beneficie con la suspensión condicional</p>

	<p>sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?</p>	<p>de la pena. El legislador, al dejar esa ambigüedad en el numeral tercero, le está dando la responsabilidad motivacional al jugador que pueda justificar el por qué no concede el beneficio por determinar que, si bien es cierto, la sanción que se le aplicó no excede de cinco años, pero no merece una suspensión condicional. Tendría que el juez motivar Por qué. no solamente decir que por que cometió un robo simple al ser un delito que genera alarma conmoción social, no debe ser beneficiado con la suspensión condicional si el vuelo hacia sí estaría generando ahí sí una afectación a los derechos de suspensión condicional, porque estaría enfocando la gravedad en cuanto a una infracción que por pena deja de ser considerado como un delito grave. Entonces el juez estaría actuando contradictoriamente. Por un lado, está aplicando una sentencia para un delito menor, se llama delitos menores, los delitos cuyo rango de pena de prisión, no de reclusión.</p> <p>Y si son delitos con rango de pena de prisión, son delitos considerados como delitos menores. Entonces yo no puedo magnificar un delito menor cuando por su rango de pena el legislador considera que es de una mayor consideración valiosa para sancionar el injusto. Entonces, al momento en que me pide esa persona en un robo simple, una suspensión condicional de la pena por cuanto su delito no excede de cinco años. Y yo digo, teniendo solamente esa sentencia sin que haya tenido otro tipo de sanción reiterada por el mismo acto. Digo no, dada la circunstancia, la gravedad del delito ejecutado, o los antecedentes del hecho, o los antecedentes familiares o personales del procesado. Le niego. Ahí el juez estaría generando una discriminación, porque no hay una motivación adecuada por el cual niegue ese derecho. Porque primero,</p>
--	---	--

		<p>que estaría considerando que el robo simple, si bien es cierto, es sancionada con una pena inferior a cinco años, pero es un delito grave, lo cual sería incongruente, violatorio de derechos y el juez no puede transgredir derechos que se encuentran en la norma expresa.</p> <p>No puedo yo agravar el robo cuando la pena es su sanción punitiva. Como repito, es inferior a cinco años y es la primera vez que está siendo condenado. En esa parte le deja la discreción al juez motivacional que argumente el por qué no la concede si no hay reiteración. Mi criterio es que el juez estaría cometiendo discriminación al negarle no tanto por el pasado del antecedente, sino discriminación al no aplicar la norma que corresponde. En cuanto al beneficio de la suspensión condicional para un delito menor, que, aunque no nos guste, es un robo o puede ser un delito de apropiación fraudulenta, o puede ser un delito de transferencia patrimonial indebida de bienes a través de redes electrónicas. Pero son delitos sancionados con pena menor. Pero ahí viene el aspecto. Se estaría dejando a las víctimas prácticamente a merced de una no garantía del resarcimiento de daños y perjuicios o de una reparación integral. En cuanto al derecho de no repetición, que esta persona se comprometa a no incurrir en esas faltas. Pero dentro de la suspensión condicional de la pena se establece la garantía de la del afianzamiento, del resarcimiento, del perjuicio económico, porque no por el hecho de cumplir los requisitos significa que ya por eso yo ya tengo que dar la suspensión, porque al dar la suspensión yo tengo que aplicar condiciones y una de esas condiciones es la reparación integral a la víctima, por lo cual el juez no estaría dejando sin garantía de indemnización a las víctimas, que es la</p>
--	--	--

		<p>finalidad de la justicia que la víctima no quede desprotegida.</p> <p>Entonces en esa circunstancia, si el juez no motiva adecuadamente y solamente se va por el delito, amerita que cumpla privación de libertad. Estaría generando un acto discriminatorio en la forma, Pues como lo he analizado en mi respuesta.</p>
	<p>3.- ¿En su opinión, considera usted que la suspensión condicional de la pena contribuye a la rehabilitación social de las personas sentenciadas por phishing en razón de lo que dispone el artículo 1 del COIP?</p>	<p>En cuanto a la pregunta tres, guarda relación a lo que estamos analizando, en el fondo de mi punto de vista, si abona a cumplir con el tema de favorecer la reinserción social. Porque, como repito, No por el hecho de ubicarte en los requisitos del 630 del Código Orgánico integral penal, implica que por cumplir los requisitos ya por sólo requisitos, debo concederte la suspensión.</p> <p>Si la debo conceder. Pero esa suspensión lleva intrínseca del cumplimiento de condiciones. Yo te permito que tú vayas una reinserción social al permitir que no cumpla condena de privación de libertad por el tiempo impuesto de la pena que la pueda cumplir en libertad, pero está sujeto a reparar integralmente a la víctima, si las personas que van al phishing bancario a la actividad de establecer apropiación fraudulenta por redes o transferencia patrimonial electrónica en forma indebida. Esas personas, dentro de las condiciones, deben reparar integralmente a la víctima. Si se apropiaron, perjudicaron con un millón de dólares. Para que cumplan las condiciones tendrá que determinarse el pago de ese millón de dólares en las condiciones que el tribunal imponga. Bajo prevenciones que no cumplirlas. Será de vuelta a prevención a cumplimiento de condena con privación de libertad. Entonces, si esa persona que delinquiró procura reinsertarse socialmente a la sociedad, debe empezar por el resarcimiento como una forma de reconocer su error, su falta. Pero vienen los</p>

		<p>otros factores en temas de apropiación fraudulenta y de transferencia patrimonial por redes cuyas penas son inferiores a cinco años. Obviamente se va a encontrar con delito, con afectación patrimonial considerable en cuanto a miles de dólares y hasta millones de dólares. Y esa persona podría solicitar una suspensión condicional, pedir condiciones al juez para supuestamente afianzar el pago. Pero ahí viene la habilidad del jugador, como afianza ese pago garantías bancarias, garante, persona natural o persona jurídica con garantías afianzadas, pero el juez debe dotar de una garantía eficaz para que esa víctima sea resarcida en ese tipo de delitos, porque de lo contrario estaría yo procurando una reinserción social sin satisfacción indemnizatoria a manera reparación integral a las víctimas, lo cual implicaría que esa reinserción social no se cumpla porque la persona que delinque considera que ese beneficio no cumplió. Puede ser hasta un prófugo luego de la justicia, al no cumplir con la obligación de reparación y la presentación periódica y lo que solamente buscó, a través de la figura de la suspensión estar fuera del centro carcelario para procurar su fuga hasta que la causa prescriba. Entonces tampoco para eso debe prestarse la suspensión condicional, porque sería un abuso del derecho para el que delinquirió y quiere que el delito se mantenga en impunidad en cuanto al cumplimiento de pena y en cuanto a reparación integral. Porque no se olviden que esos delitos que son inferiores a pena de privación de libertad que no supere cinco años son delitos que, al igual que los delitos reclusión, están sujetos a la prescripción de la pena y tratándose delitos de prisión, la prescripción de la pena con la sentencia de Corte Constitucional ya no se aplique el hecho de que prescribe en la pena que contempla el</p>
--	--	--

		<p>tipo penal más un cincuenta por ciento ya la Corte aplicando la Corte Constitucional. La lógica jurídica adecuada determinó que la prescripción de la pena se cumplirá con La pena impuesta por el tiempo de la pena impuesta en la sentencia para el delito que se juzgó más el cincuenta por ciento, es decir, que sea una persona. Me pusieron tres años es tres años más. El cincuenta por ciento ya no era como antes lo establecía el Código Orgánico que, si el delito le aplicó tres, pero la pena es de tres a cinco, le aplicaban la de cinco, más del cincuenta por ciento, aunque le hayan puesto tres años. Entonces eso favorece aún más a una persona en delito de indemnización cuantiosa que utilice la suspensión condicional para generar impunidad porque lo utilizó para obtener libertad y evadir el cumplimiento de la pena. Entonces hay que el juez tomar las precauciones para poder garantizar, por un lado, la reinserción social. Pero, por otro lado, la reparación integral a la víctima en forma adecuada y segura.</p>
	<p>4.- ¿Considera usted que existe un vacío legal en cuanto a la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares en la aplicación de la suspensión condicional de la pena el Código Orgánico Integral Penal?</p>	<p>En cuanto a la pregunta cuatro considero que sí, porque la forma como se redactó el numeral tres cero Lo idóneo hubiese sido que se indiquen en forma concreta que no procederá La suspensión condicional en caso de reincidencia de la persona que solicite dicha suspensión en la comisión de delitos que no superen los cinco años, privación de libertad o cualquier otro delito que sea de reclusión y que supere los cinco años de privación de libertad. Porque ya me estaría determinando que la conducta habitual de esa persona proclive a tener una actividad ilícita como actividad de como actividad habitual como actividad de supervivencia, entonces, ya en ese momento no es la sociedad lo que lo está discriminando, ni el jugador es la conducta. Es el acto de la persona que decide ser</p>

		<p>reincidente en la comisión de hechos que generan afectación al bien común y el derecho de víctima. Entonces sí, para mí no hay una reacción adecuada en ese número al tercero, simplemente hubieran sido concretos de que la persona entre los requisitos, no debe ser reincidente en la comisión de ningún tipo de infracción penal para beneficiarse con la suspensión condicional, porque la reincidencia ya implica tener una sentencia condenatoria por ese tipo de infracción. Entonces ya no estaríamos hablando de un antecedente por detención o por mera detención, sino porque haya sido sentenciado que ya haya recibido una condena ya. Y si quisiéramos ser más drásticos, podría indicarse que haya sido sentenciado o tenga un proceso en curso por la circunstancia que también te estoy planteando, porque podría darse por parte de quien delinque un abuso del derecho en tratar de obtener libertad para beneficiarse con la prescripción de la pena. Entonces hay que regularlo de una forma más certera para poder garantizar re inserción social, derecho de víctima y bien común.</p>
	<p>5.- ¿Considera usted que, ante la negativa de la suspensión condicional de la pena, se puede impugnar la decisión del juzgador argumentando discriminación por pasado judicial en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?</p>	<p>Y en cuanto a la pregunta cinco, claro, es correcto. No nos olvidemos que la suspensión condicional, de conformidad con el artículo seis Cientos veintidós del Código Orgánico Integral Penal, es un requisito de la sentencia. El juez no puede notificar la sentencia por escrito si antes de que la pronuncie hubo una solicitud de suspensión condicional, se debe dar la audiencia de suspensión condicional previamente y lo que el juez resuelva concediendo negando es parte de la sentencia. Si existe la negativa porque el juez estableció, vuelvo a trabajar el ejemplo del delito de robo siempre que es el pan nuestro de cada día, Se lo sentenció a robo simple, con una pena de tres a cinco años se le puso cuatro. Le niego la</p>

		<p>suspensión porque consideró que el delito que cometió es un robo que genera alarma social, que causa zozobra ciudadana, que impide el desarrollo de la actividad comercial porque genera un pánico que hace insostenible que las personas tengan la libertad de poder hacer sus actividades cotidianas con normalidad por el acecho de la delincuencia en la propia nación, debidamente mediante fuerza de cosas ajenas que caracteriza la modalidad del robo. Entonces, bajo esa circunstancia, le niega la suspensión condicional. Ahí viene el detalle Yo estaría dándole una consideración gravosa a un tipo penal que, de acuerdo a su sanción punitiva, está considerado como un delito leve. Entonces, si yo utilizo esa comisión en cuanto al hecho y no conceda la suspensión y no lo argumentó en forma de vida por existir vacíos en Norma se estaría discriminando a la persona sentenciada y se estaría agravando su situación. Porque la norma no considera una sanción punitiva mayor que impida que esa persona pueda beneficiarse de una suspensión condicional que le queda al abogado que patrocina a la persona que le negaron la suspensión. Apelar de la sentencia en donde ha sido condenado y dentro de esa apelación, apelar, adicionalmente de la negativa de la suspensión condicional de la pena por considerar que está discriminando al procesado en darle una consideración de mayor punibilidad En cuanto a consideración moral, más allá de la consideración punitiva que está limitando el derecho a cumplir la condena sin que este privado de su libertad, cuando en la sanción en el delito penal por el cual fue sentenciado no excede en cuanto a pena de cinco años de privación de libertad. Y no puede quedar eso a la discrecionalidad del jugador, porque para ese beneficio la ley es expresa que el</p>
--	--	--

		delito no excede de cinco años. No me puede dar la discrecionalidad que yo valores que se vive en ciertos un delito de cinco años, pero yo considero que ese hecho debe cumplir condena por ser robo. Entonces eso se estaría generando una discriminación y si se puede argumentar aquella como lo repite, para finalizar, si se debe limitar el número artes tercero del artículo seis cientos treinta, porque debe establecerse el que se beneficia la suspensión condicional, no sea reincidente ni en el mismo delito, ni con otro delito y buen pena inferior a cinco años, ni en otro tipo de delito de reclusión, con penas superiores a cinco años, esa persona no se podrían beneficiar por reincidencia de la suspensión condicional de la pena.
Análisis	Existe cierto grado de discrecionalidad que ha sido promovida por el legislador, al dejar abierta la posibilidad de que el juez motive en función de su sana crítica las razones por las cuales concede o niega la suspensión condicional, esto a parte de valorar todos los numerales, concretamente sobre el numeral tercero del artículo 630 del COIP, es el que presenta mayor contingencia, puesto que, una valoración arbitraria, sin profundidad y sin elementos probatorios, sería una afectación al debido proceso, sin embargo, si así ocurriere, el procesado puede apelar ante jueces de alzada dicha decisión.	
Datos del entrevistado	Abg. Segundo Mina Especialista en derecho penal y penitenciario	

Fuente: Entrevistas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Tabla 5: Entrevista nro. 4

Entrevista Nro. 4		
Objeto:	Determinar la opinión de los expertos sobre la suspensión condicional de la pena en el delito de phishing	
Ítem	Pregunta	Respuesta
4	1.- ¿Considera usted que, ante la existencia de un conflicto normativo entre los arts. 630 numeral 3 del COIP y el art. 11 numeral 2 de la Constitución, puede existir discriminación por el pasado judicial de la persona sentenciada, debido a la inexistencia de reglas claras que permitan una adecuada valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?	Los derechos no se ejercen de manera absoluta, un ciudadano sentenciado es una excepción, ya que ha quebrantado el derecho. No se puede catalogar como discriminatorio valorar requisitos o aspectos de relevancia de una persona sentenciada que se somete a la suspensión condicional de la pena.
	2.- ¿En su opinión, considera usted que los jueces pueden incurrir en discriminación al momento de valorar los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?	Todos pueden ser susceptibles de error, por ello se consideran varios aspectos, actualmente la suspensión puede ser tratada en segunda instancia en caso de ser negada por un juez de primer nivel
	3.- ¿En su opinión, considera usted que la suspensión condicional de la pena contribuye a la rehabilitación social de las personas sentenciadas por phishing en razón de lo que dispone el artículo 1 del COIP?	Es una conducta no violenta, debe valorarse la modalidad y que herramientas ha usado, significa una oportunidad de rehabilitarse sometiéndose a un control y presentación periódica ante el juzgador, la reparación del daño causado a la víctima
	4.- ¿Considera usted que existe un vacío legal en cuanto a la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares en la aplicación de la suspensión condicional	No está demás que las normas sean más claras y específicas para que la valoración de estos antecedentes no se base en especulaciones sino en hechos concretos.

	de la pena el Código Orgánico Integral Penal?	
	5.- ¿Considera usted que, ante la negativa de la suspensión condicional de la pena, se puede impugnar la decisión del juzgador argumentando discriminación por pasado judicial en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?	Cuando se apela de la sentencia, se pide que la sala revise esta decisión, faculta apelar la negativa de la suspensión condicional de la penal. El empleo del pasado judicial es una condena social al momento de buscar trabajo.
Análisis	Concuera el entrevistado en que, el ejercicio de la suspensión condicional de la pena no es un derecho, sino un privilegio, un beneficio, que difiere del concepto de “derecho subjetivo”, por lo tanto, no puede ser concedido a cualquiera, para eso existen reglas (art. 630 del COIP), sin embargo, la valoración del numeral tercero del artículo ibidem implica cierto grado de discrecionalidad del juez, que puede cometer un error, pero que, ante tal acontecimiento, el procesado puede interponer apelación.	
Datos del entrevistado	Abg. Félix Salvador Yagual Moreno	

Fuente: Entrevistas realizadas a expertos en derecho penal
Elaborador por: Rosales, (2022)

3.7 Análisis de las encuestas

Pregunta 1: ¿Conoce usted cómo se valora los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal en la suspensión condicional de la pena?

Tabla 6: Tabulación de encuestas, pregunta 1

Pregunta Nro. 1		
Respuestas	Cantidad	%
Probablemente si	75	79%
Definitivamente si	10	11%
Probablemente no	5	5%
Definitivamente no	0	0%

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

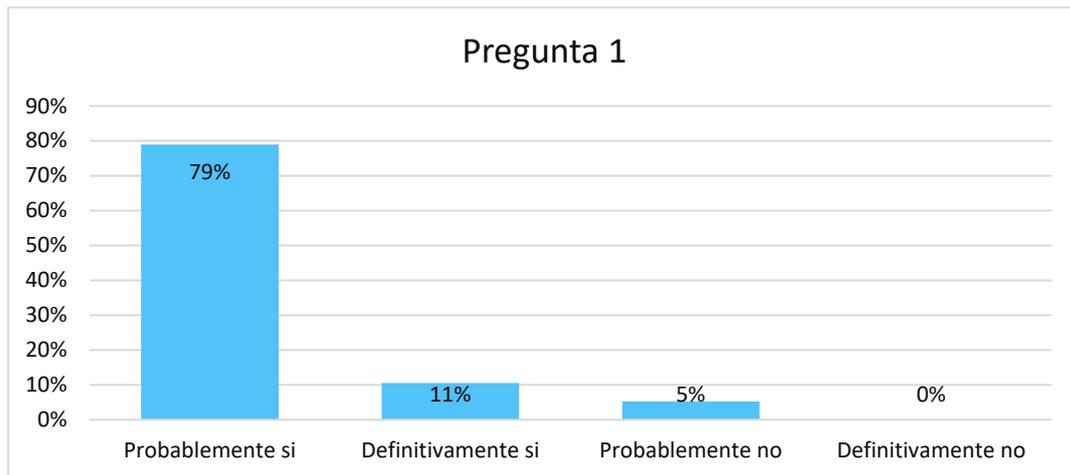


Figura 3: Tabulación de encuestas, pregunta 1

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Análisis:

El 79% de los encuestados establece que probablemente conoce cómo se valora los antecedentes personales, sociales y familiares tipificados en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal en la suspensión condicional de la pena, al ser especialistas en derecho penal, queda claro que existen parámetros basados en la sana crítica y sus reglas que los jueces deben entablar para conceder tal petición, solo el 11% afirma conocer de manera definitiva la valoración para el trámite antedicho.

Pregunta 2: ¿Conoce usted cual es el fundamento jurídico para garantizar una correcta aplicación de la sana crítica en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?

Tabla 7: Tabulación de encuestas, pregunta 2

Pregunta Nro. 2		
Respuestas	Cantidad	%
Probablemente si	20	21%
Definitivamente si	20	21%
Probablemente no	45	47%
Definitivamente no	10	11%

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

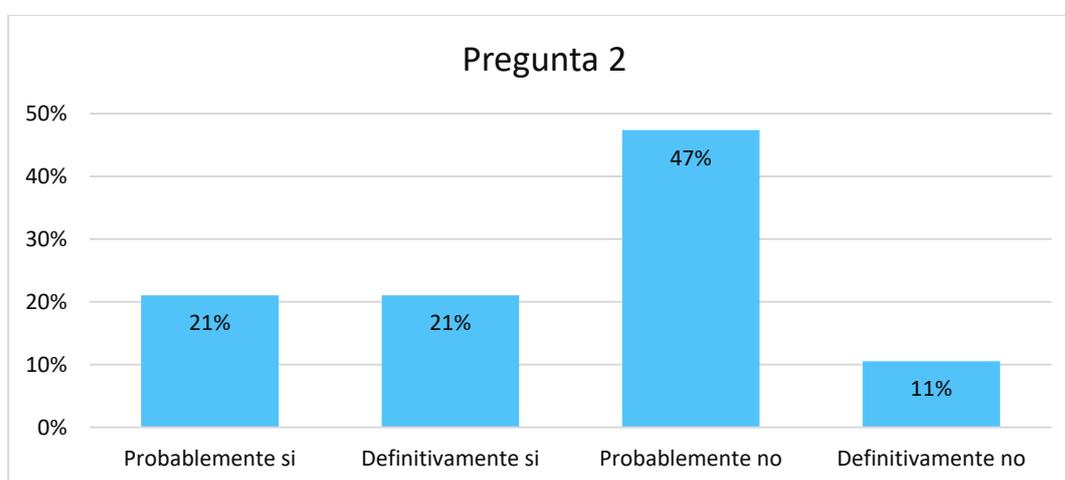


Figura 4: Tabulación de encuestas, pregunta 2

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Análisis:

El 47% de los profesionales encuestados no conoce el fundamento jurídico para garantizar una correcta aplicación de la sana crítica en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, el 42%, que es minoría, si conoce el fundamento descrito en esta pregunta, siendo profesionales del derecho se conoce que es el fundamento se basa en la sana crítica y que dependerá de la valoración de cada juez.

Pregunta 3: ¿Considera usted que los jueces pueden incurrir en discriminación al momento de valorar los antecedentes personales, sociales y familiares de la persona procesada por el delito de phishing dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?

Tabla 8: Tabulación de encuestas, pregunta 3

Pregunta Nro. 3		
Respuestas	Cantidad	%
Probablemente si	39	41%
Definitivamente si	50	53%
Probablemente no	4	4%
Definitivamente no	2	2%

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

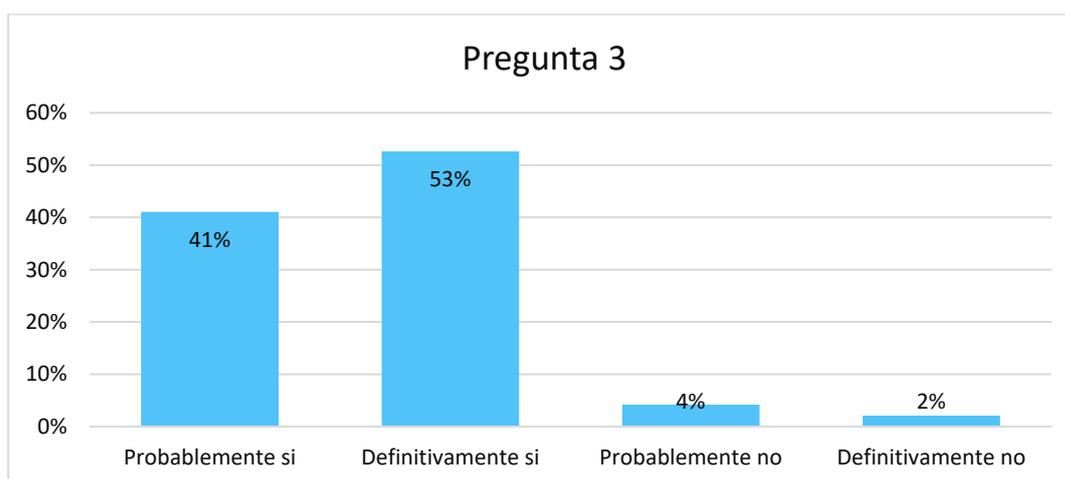


Figura 5: Tabulación de encuestas, pregunta 3

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Análisis:

El 53% de los encuestados afirma que los jueces pueden incurrir en discriminación al momento de valorar los antecedentes personales, sociales y familiares de la persona procesada por el delito de phishing dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, esto sumado al 41% quienes afirman que probablemente si se podría incurrir en discriminación a través de una incorrecta valoración.

Pregunta 4: ¿Está usted de acuerdo en que la negativa de la suspensión condicional en la pena privativa de libertad a personas sentenciadas por phishing atenta a los fines de la pena, en virtud del principio de necesidad que establece que la pena es el fin último del derecho penal?

Tabla 9: Tabulación de encuestas, pregunta 4

Pregunta Nro. 4		
Respuestas	Cantidad	%
Totalmente de acuerdo	39	49%
De acuerdo	50	63%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	4	5%
En desacuerdo	2	3%
Totalmente en desacuerdo	0	0%

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

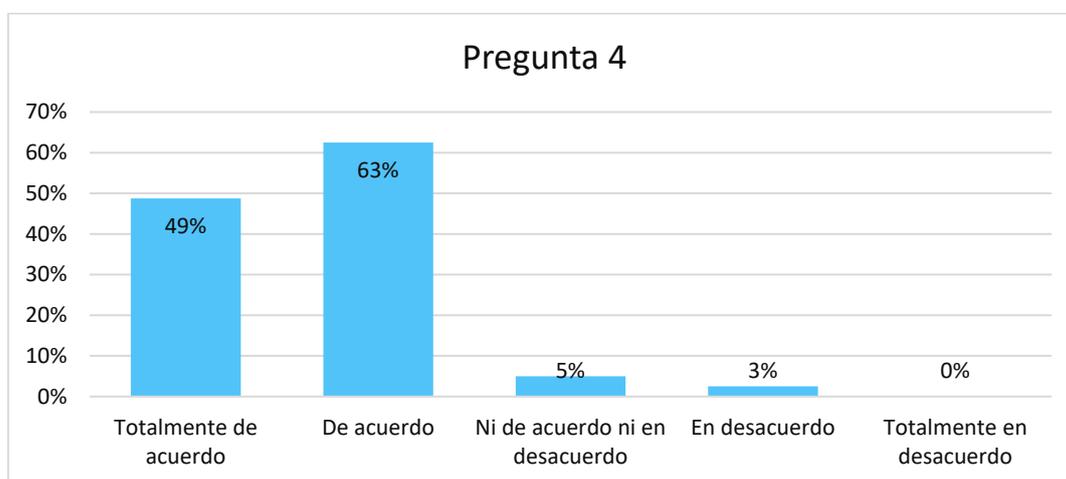


Figura 6: Tabulación de encuestas, pregunta 4

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Análisis:

El 63% de los profesionales del derecho encuestados aseguran estar de acuerdo en que la negativa de la suspensión condicional en la pena privativa de libertad a personas sentenciadas por phishing atenta a los fines de la pena, ya que el principio de necesidad establece que la pena es el fin último del derecho penal, por lo tanto, los jueces deben considerar la celeridad del trámite de la suspensión condicional, sin perjuicio de un correcto análisis de todos los requisitos previstos en el artículo 630 del COIP.

Pregunta 5: ¿Está usted de acuerdo en que es procedente la suspensión condicional de la pena en delitos de phishing bajo la premisa que fundamenta el principio de humanidad que establece que la pena no puede afectar la dignidad del reo?

Tabla 10: Tabulación de encuestas, pregunta 5

Pregunta Nro. 5		
Respuestas	Cantidad	%
Totalmente de acuerdo	40	42%
De acuerdo	23	24%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	11	12%
En desacuerdo	21	22%
Totalmente en desacuerdo	0	0%

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

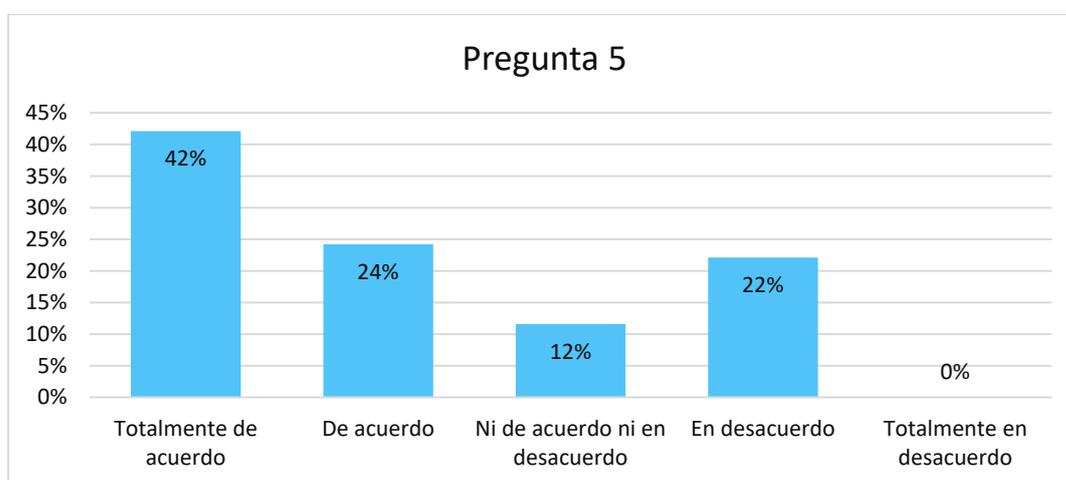


Figura 7: Tabulación de encuestas, pregunta 5

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Análisis:

El 42% y el 24% de los encuestados está totalmente de acuerdo y de acuerdo respectivamente en que es procedente la suspensión condicional de la pena en delitos de phishing en función de la valoración de los requisitos del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal y el principio de humanidad que establece que la pena no puede afectar la dignidad del reo, toda vez que una incorrecta valoración de los antecedentes sociales, personales y familiares vulnera derechos constitucionales.

Pregunta 6: ¿Considera usted que la suspensión condicional de la pena contribuye a la rehabilitación social de las personas sentenciadas por delito de phishing en razón de lo que dispone el artículo 1 del COIP?

Tabla 11: Tabulación de encuestas, pregunta 6

Pregunta Nro. 6		
Respuestas	Cantidad	%
Totalmente de acuerdo	40	42%
De acuerdo	30	32%
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	10	11%
En desacuerdo	10	11%
Totalmente en desacuerdo	5	5%

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

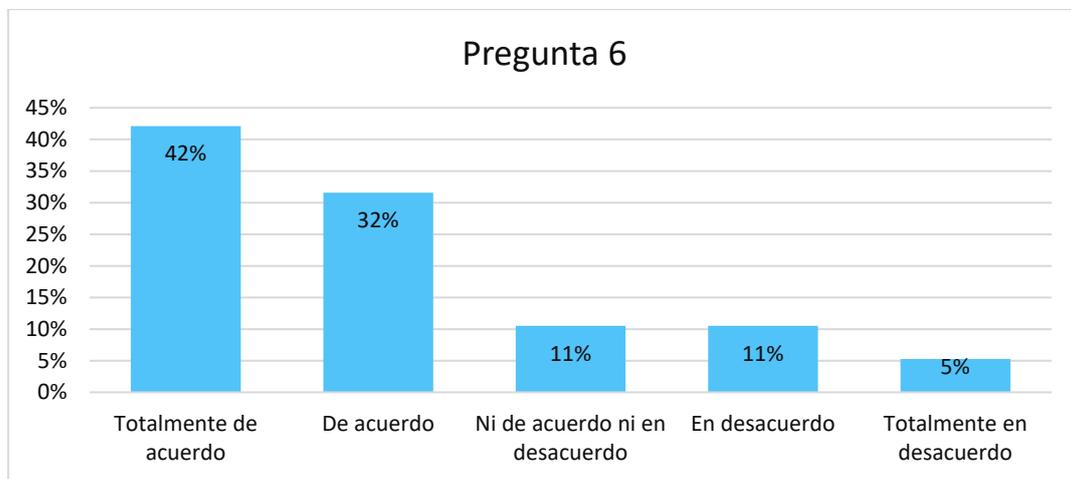


Figura 8: Tabulación de encuestas, pregunta 6

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Análisis:

Sobre suspensión condicional de la pena, el 42% afirma estar totalmente de acuerdo en que dicha libertad condicional contribuye de manera significativa a la rehabilitación social de las personas sentenciadas por delito de phishing en razón de lo que dispone el artículo 1 del COIP cumpliendo la finalidad que tiene el derecho penal en reinsertar a la sociedad a quienes han adecuado sus conductas en crímenes.

Pregunta 7: ¿Piensa usted que es necesario que se realice un análisis jurídico en base a la incidencia de la suspensión condicional de la pena en el sistema procesal de justicia ecuatoriano?

Tabla 12: Tabulación de encuestas, pregunta 7

Pregunta Nro. 7		
Respuestas	Cantidad	%
Probablemente si	10	11%
Definitivamente si	60	63%
Probablemente no	10	11%
Definitivamente no	15	16%

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

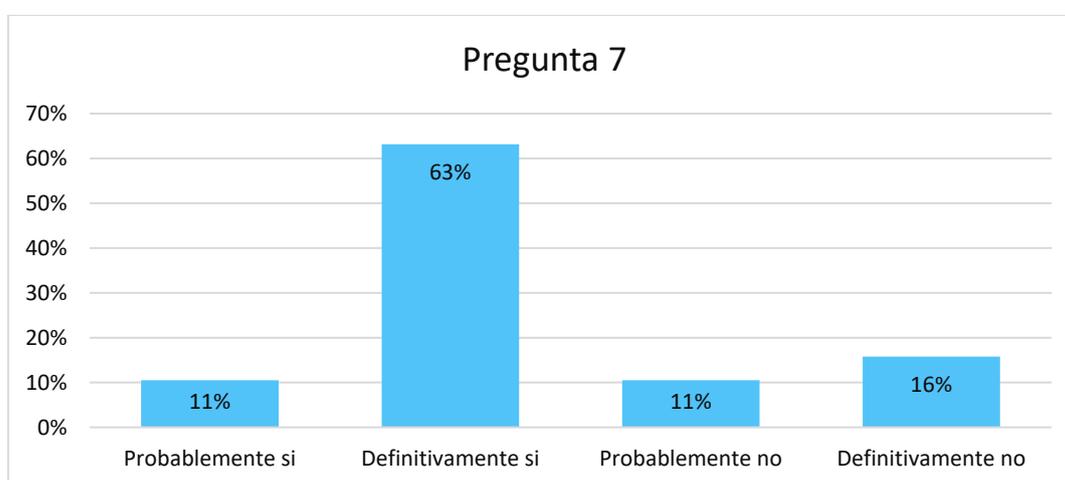


Figura 9: Tabulación de encuestas, pregunta 7

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Análisis:

El 63% de los encuestados considera que definitivamente si es necesario que se realice un análisis jurídico en base a la incidencia de la suspensión condicional de la pena en el sistema procesal de justicia ecuatoriano a efectos de tener reglas claras que permitan conocer cuál es la valoración que se le debe dar al numeral 3 del artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal.

Pregunta 8: ¿Considera usted que existe un vacío legal en cuanto a la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares en la aplicación de la suspensión condicional de la pena el Código Orgánico Integral Penal?

Tabla 13: Tabulación de encuestas, pregunta 8

Pregunta Nro. 8		
Respuestas	Cantidad	%
Probablemente si	45	47%
Definitivamente si	11	12%
Probablemente no	39	41%
Definitivamente no	0	0%

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

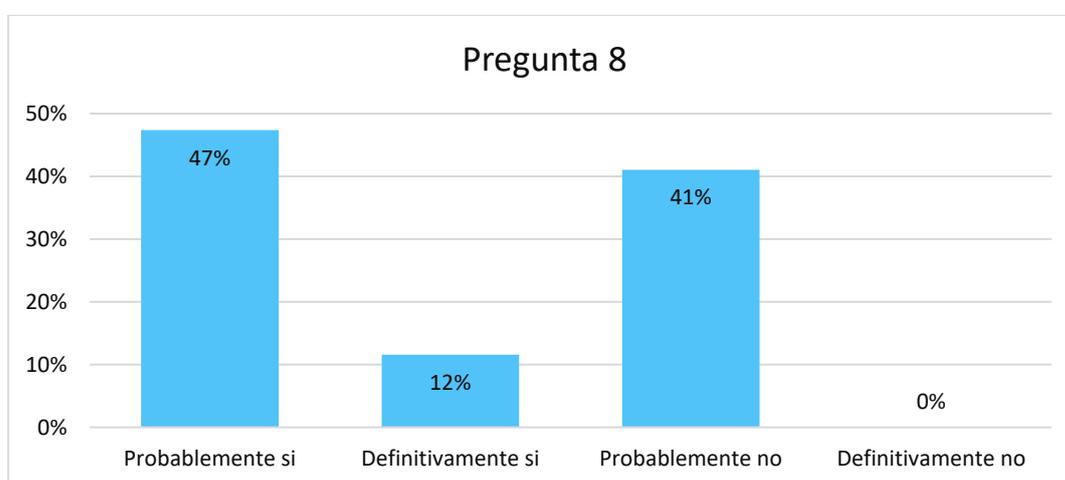


Figura 10: Tabulación de encuestas, pregunta 8

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Análisis:

Un 47% de los encuestados afirman que probablemente existe un vacío legal en cuanto a la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares en la aplicación de la suspensión condicional de la pena el Código Orgánico Integral Penal, mientras que un 41% considera que probablemente no haya tal vacío. Es una diferencia mínima, sin embargo, se debe considerar que, es importante aclarar cómo debe valorarse tales requisitos y la importancia de la sana crítica objetiva.

Pregunta 9: ¿Considera usted que, ante la negativa de la suspensión condicional de la pena en delitos de phishing, se puede impugnar la decisión del juzgador argumentando discriminación por pasado judicial en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?

Tabla 14: Tabulación de encuestas, pregunta 9

Pregunta Nro. 9		
Respuestas	Cantidad	%
Probablemente si	25	26%
Definitivamente si	65	68%
Probablemente no	0	0%
Definitivamente no	5	5%

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

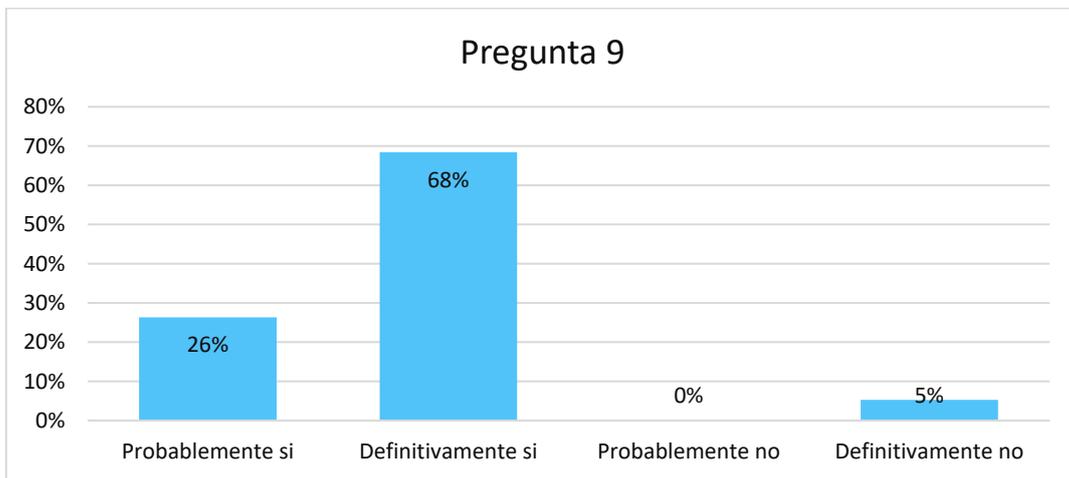


Figura 11: Tabulación de encuestas, pregunta 9

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal

Elaborador por: Rosales, (2022)

Análisis:

El 68% de los encuestados y el 26% afirma que la negativa de la suspensión condicional de la pena en delitos de phishing, se puede impugnar la decisión del juzgador argumentando discriminación por pasado judicial en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares.

Pregunta 10: ¿Considera usted que, ante la existencia de un conflicto normativo entre los arts. 630 numeral 3 del COIP y el art. 11 numeral 2 de la Constitución, puede existir discriminación por el pasado judicial de la persona sentenciada por phishing, debido a la inexistencia de reglas claras que permitan una adecuada valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?

Tabla 15: Tabulación de encuestas, pregunta 10

Pregunta Nro. 10		
Respuestas	Cantidad	%
Probablemente si	24	25%
Definitivamente si	65	68%
Probablemente no	0	0%
Definitivamente no	6	6%

Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal
Elaborador por: Rosales, (2022)

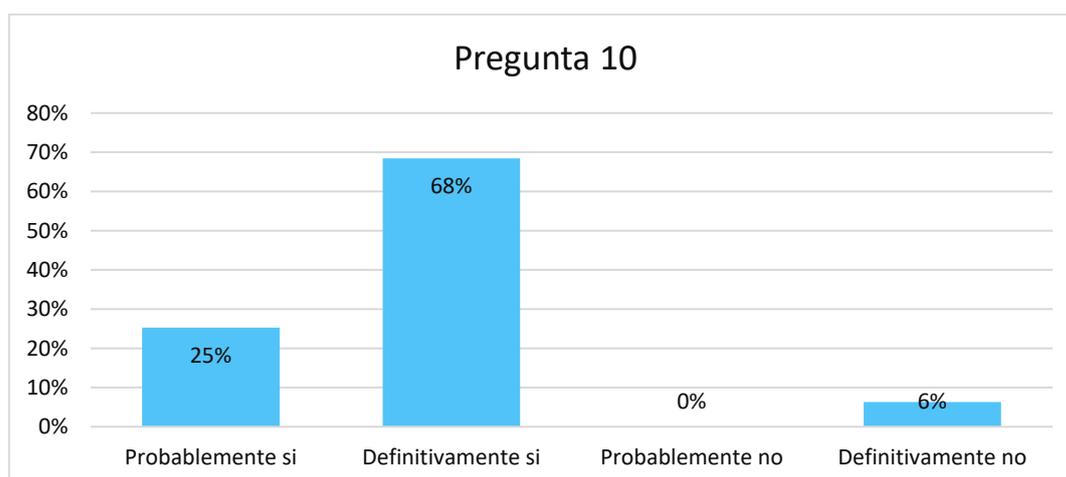


Figura 12: Tabulación de encuestas, pregunta 10
Fuente: Encuestas realizadas a expertos en derecho penal
Elaborador por: Rosales, (2022)

Análisis:

El 68% de los encuestados afirma que la existencia de un conflicto normativo entre los arts. 630 numeral 3 del COIP y el art. 11 numeral 2 de la Constitución, puede existir discriminación por el pasado judicial de la persona sentenciada por phishing, debido a la inexistencia de reglas claras que permitan una adecuada valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares.

CONCLUSIONES

1. La valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, los realiza el juez en función de la sana crítica aplicando el razonamiento y su experiencia, haciendo un análisis único en cada caso concreto, valorando correctamente las pruebas que aporte la defensa del procesado en su solicitud, el juez, por ningún momento debe basarse en meras expectativas o criterios subjetivos, pues esto atenta contra el debido proceso y los derechos del procesado.
2. Para garantizar una correcta aplicación de la sana crítica en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, el juez no debe incurrir en discriminación, lo cual es el resultado de valor hechos que no se vinculan directamente con la conducta del reo.
3. La doctrina define a los antecedentes personales, antecedentes familiares y los antecedentes sociales desde una perspectiva médica como sintomatología y demás aspectos relativos, jurídicamente, estos antecedentes deben verse como una constancia legal de los actos delictivos cometidos por el reo (personales), el entorno (sociales) y de sus familiares (familiares); estos antecedentes deberán ser valorados por el juez para conceder o negar la solicitud de la suspensión condicional de la pena.
4. Para evitar que los jueces incurran en discriminación al momento que deban valorar los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal deben fundamentarse en las reglas de la sana crítica como lo son la lógica, las ciencias, la experiencia y las artes afines, conservando en todo momento objetividad. Las constancias legales

de los actos delictivos cometidos por el reo, el entorno y el de sus familiares no debe inferir en mayor medida para conceder la solicitud del procesado, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos previstos en la ley.

5. Se incurre en discriminación conforme regula el artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador, en la que se incluye el pasado judicial, cuando el juez no aplica correctamente las reglas de sana crítica, es decir que no analiza correctamente los antecedentes previstos en el numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, valorando antecedentes familiares y de su entorno como agravantes para negar la solicitud del procesado.
6. La suspensión condicional procede únicamente para ciertos delitos, que cumplen ciertas características pena máxima del tipo penal (5 años) y demás requisitos previstos en los numerales del artículo 630 del COIP, por lo tanto, el delito de phishing, previsto en el artículo 230 numeral 1 ibidem, aplica para tal requerimiento (libertad condicional) por parte del sentenciado. Considerando el incremento de los delitos informáticos, los jueces deben revisar previo a conceder la solicitud del procesado debe valorar los antecedentes sociales y familiares evidenciando que su entorno no sea un indicativo que implique que el reo pueda volver a cometer actividades ilícitas al estar rodeado de TIC.
7. De las entrevistas realizadas se desprende que la suspensión condicional no es un derecho, es un acto judicial que se promueve en la legislación penal como un beneficio para la persona procesada, los delitos informáticos, requieren de una ampliación doctrinaria para establecer si son susceptibles de acceder a dicho beneficio, más bien por una cuestión social y lo complejo que resulta dejar en libertad a una persona que utiliza el internet para delinquir.

RECOMENDACIONES

1. Definir los antecedentes personales, sociales y familiares, para conocer el alcance de los mismos, y que éstos a su vez permitan establecer parámetros adecuados como la verdad de los hechos, el razonamiento lógico, la objetividad, el debido proceso en conjunto con los principios penales para la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal a realizar por el juez competente en la suspensión condicional de la pena.
2. Garantizar la aplicación de las reglas de la sana crítica a través de una línea jurisprudencial definida que vaya encaminada a poner un límite sobre el alcance de la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, sin considerar el pasado judicial para evitar incurrir en discriminación.
3. Capacitar a los jueces sobre lo que se debe entender por antecedentes personales, antecedentes familiares y los antecedentes sociales en el ámbito de la valoración del juez para conceder o no la suspensión condicional de la pena a la persona procesada.
4. Establecer la inclusión del delito de phishing en el catálogo de aquellos que son aplicables para acceder al beneficio de la suspensión condicional de la pena, profundizando sobre los delitos informáticos y las consecuencias que tiene poner en libertad condicional a hackers y especialistas en computación; siendo importante que el delito referido sea incluido concretamente en el Código Penal a través de la respectiva reforma a la ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfaro, A. (2015). *Suspensión condicional de la ejecución de la pena*. México: UNAM.
- Aparicio, V. (2021). *Delitos informáticos en Ecuador según el COIP: un análisis documental*. Esmeraldas: Universidad Técnica Luis Vargas Torres de Esmeraldas, Ecuador.
- Arana, S. (2016). *Los antecedentes familiares en la suspensión condicional de la pena*. Babahoyo: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: Editorial: Lexis.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Lexis.
- Birkbeck, C. (2001). *Variables Asociadas al Incumplimiento de la Suspensión Condicional de la Pena*. Mérida, Venezuela: CENIPEC.
- Brandáriz, J. (2009). *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*. Valencia: Civitas.
- Cabanellas, G. (2002). *Diccionario elemental jurídico*. México: Heliastra.
- Cabrera, L. (2008). *Aspectos probatorios de la declaración del imputado y de la víctima*. Caracas: Jurídicas Rincón.
- Calon, E. (1943). (1943). *Derecho penal II. (Vol. 2)*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Cevallos, R. (2017). *Análisis crítico de la suspensión condicional de la pena como figura propia del procedimiento ordinario en materia penal y su relación con los procedimientos especiales*. Cuenca: Universidad del Azuay.

- Collazos, J. (2003). *Términos y principios penales*. Bogotá: Editorial Aratos Ltda.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Editorial Lexis.
- Congreso Nacional Chile. (1993). *Código Penal*. Santiago: CEP.
- Congreso Nacional de Colombia. (2009). *Código Penal*. Bogotá: CEP.
- Corte Constitucional. (28 de Agosto de 2019). *Consulta de Constitucionalidad de Norma Sentencia No. 7-16-CN/19*. Quito: Lexis.
- Corte Constitucional. (2021). *Sentencia No. 28-15-IN/21*. Quito: Lexis.
- Corte Constitucional Colombia. (2000). *Sentencia C-647/01*. Bogotá: Corte Constitucional colombiana.
- Corte Nacional de Justicia. (2016). *Resolución no. 02-2016 en el procedimiento abreviado, la sentencia de condena a pena privativa de libertad, no es susceptible de suspensión condicional*. Quito: Lexis.
- Corte Nacional de Justicia. (2017). *Suspensión condicional de la pena por el tribunal de apelación*. Quito: Lexis.
- Corte Nacional de Justicia. (2018). *Suspensión condicional de la pena privativa de libertad en las contravenciones*. Quito: Lexis.
- Corte Nacional de Justicia. (2019). *Cálculo del tiempo para la petición de suspensión condicional de la pena*. Quito: Lexis.
- Corte Nacional de Justicia. (2019). *Interrupción de la prescripción de la pena en la suspensión condicional*. Quito: Lexis.

- Corte Nacional de Justicia. (2019). *La Corte Provincial puede resolver el pedido de suspensión condicional de la pena privativa de libertad*. Quito: Lexis.
- Corte Nacional de Justicia. (2019). *Suspensión condicional ¿se debe tomar en cuenta la pena en concreto o en abstracto?* Quito: Lexis.
- Cortés, R. (1998). *La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal*. San José, Costa Rica: Editorial IJSA.
- De la Cuesta, J. (2009). *El principio de humanidad en el derecho penal*. San Sebastián, España: EGUZKILORE.
- Diario El Comercio. (2022). *Ciberdelincuentes operan de cuatro formas en el Ecuador*. Guayaquil: El Comercio.
- Enciclopedia Jurídica Básica. (1995). *Enciclopedia Jurídica Básica. I Volumen*. Madrid: Editorial CIVITAS.
- Endara, N. (2018). *La suspensión condicional del procedimiento y suspensión condicional de la pena. Análisis de caso penal-tributario*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Esparza, I. (1995). *El principio del debido proceso*. Barcelona: Bosch.
- Grupo Financiero Banco Pichincha. (2020). *¿Qué es el phishing? Cómo reconocerlo y evitarlo*. Quito.
- Hermenejildo, A. (2019). *La teoría del delito en el contexto del derecho penal ecuatoriano*. Guayaquil: Universidad Estatal de Guayaquil.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la investigación*. México D.F.: Mc Graw Hill Education.

- Houed, M. (2001). *Suspensión del Proceso a Prueba*. Costa Rica: Revista de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Jiménez, C. (2019). *La suspensión condicional de la pena y el derecho de la víctima a la reparación integral*. Ambato: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Kaspersky. (2021). *Ingeniería social: definición*. Estados Unidos: Kaspersky Latinoamérica.
- Kaspersky. (2022). *El delito del pharming y cómo evitarlo*. New York: Kaspersky cia ltda.
- León, M. (2016). *Análisis del principio de necesidad en la actual discusión sobre salidas alternativas dentro del proceso penal para conductas relacionadas con drogas*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- López, J., & Chimbo, D. (2014). *Compilación de la Constitución de la República, Ley Orgánica de Garantías Constitucionales, Código Orgánico de Función Judicial y Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Editorial SofiGraf.
- Meini, I. (2013). *La pena: función y presupuestos. The penalty: function and requirements*. Perú: Revista de la facultad de derecho PUCP.
- Ministerio Público de Justicia. (2019). *La suspensión Condicional de la Pena*. México: Editorial mexicana.
- Muñoz, A. (2021). *Delitos bancarios a personas naturales por medios electrónicos*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

- Murillo, D. (2016). Los antecedentes familiares en la suspensión condicional de la pena. *Tesis de Grado*. (S. Arana, Entrevistador) Babayoho: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Navarro, S. (1995). *Conciliación y reparación entre la víctima y delinciente: una perspectiva para la solución de conflictos en materia penal*. Quito: Cuadernos para el sector justicia CONAMAJ. 3, 99-126.
- Núñez, R. (1958). *Tratado de Derecho Penal II*. Córdoba, España: Editorial Lerner.
- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: Naciones Unidas.
- Paca, J. (2019). *La aplicación de la teoría del delito en las sentencias condenatorias emitidas dentro del procedimiento directo del año 2016 por los jueces de la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba*. Quito: UASB.
- Paella, S., & Martins, F. (2012). *Metodología de la investigación cuantitativa tercera edición*. Caracas: FEDUPEL.
- Ponce, L. (2014). *La metodología de la investigación científica del derecho*. México: UNAM.
- Pulido, C. (2010). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (1ra edición)*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Reynolds, C. (1983). *The use of pretrial diversion, programs in spouse, abuse cases: a new solution to an old problem*. Estados Unidos: C. Boardman Company.
- Rodríguez, A., & Pérez, A. (2017). *Métodos científicos de indagación y construcción del conocimiento*. La Habana: Revista EAN.

- Sanchís, E. (2021). *Qué es un delito informático y qué tipos existen*. España: Peritos informáticos.
- Sanz, N. (2000). *Alternativas a la pena privativa de libertad*. Madrid: Civitas.
- Silva, J. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Solís, L., & Solís, M. (2005). *El principio de inocencia. ¿Regla o excepción?* Guayaquil: Ponencia XII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología.
- Spiegelberg, S. (2003). *Código Procesal Penal Comentado. (2da ed.)*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Subijanza, I. (2006). *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*. Granada: Bosch.
- Urrutia, G. (2020). *El phishing como delito nuevo en el Código Orgánico Integral Penal*. Portoviejo: Universidad San Gregorio de Portoviejo.
- Vaca, R. (2000). *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal (2da ed.)*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vargas, J. (2016). Los antecedentes familiares en la suspensión condicional de la pena. (S. Arana, Entrevistador) Babayoho: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de derecho penal general*. Bogotá: Editorial Temis.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal: Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Weigend, J. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5ta edición*. Alemania:
Bosch.

ANEXOS

Anexo 1: Preguntas para la encuesta

MODELO DE ENCUESTA

1.- ¿Conoce usted cómo se valora los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal en la suspensión condicional de la pena?

- Definitivamente si
- Probablemente si
- Indeciso
- Probablemente no
- Definitivamente no

2.- ¿Conoce usted cual es el fundamento jurídico para garantizar una correcta aplicación de la sana crítica en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?

- Definitivamente si
- Probablemente si
- Probablemente no
- Definitivamente no

3.- ¿Considera usted que los jueces pueden incurrir en discriminación al momento de valorar los antecedentes personales, sociales y familiares de la persona procesada por el delito de phishing dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?

- Definitivamente si
- Probablemente si
- Probablemente no
- Definitivamente no

4.- ¿Está usted de acuerdo en que la negativa de la suspensión condicional en la pena privativa de libertad a personas sentenciadas por phishing atenta a los fines de la pena, en virtud principio de necesidad que establece que la pena es el fin último del derecho penal?

- Totalmente de acuerdo
- De acuerdo
- Ni de acuerdo ni en desacuerdo

- En desacuerdo
- Totalmente en desacuerdo

5.- ¿Está usted de acuerdo en que es procedente la suspensión condicional de la pena en delitos de phishing bajo la premisa que fundamenta el principio de humanidad que establece que la pena no puede afectar la dignidad del reo?

- Totalmente de acuerdo
- De acuerdo
- Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- En desacuerdo
- Totalmente en desacuerdo

6.- ¿Considera usted que la suspensión condicional de la pena contribuye a la rehabilitación social de las personas sentenciadas por delito de phishing en razón de lo que dispone el artículo 1 del COIP?

- Totalmente de acuerdo
- De acuerdo
- Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- En desacuerdo
- Totalmente en desacuerdo

7.- ¿Piensa usted que es necesario que se realice un análisis jurídico en base a la incidencia de la suspensión condicional de la pena en el sistema procesal de justicia ecuatoriano?

- Definitivamente si
- Probablemente si
- Probablemente no
- Definitivamente no

8.- ¿Considera usted que existe un vacío legal en cuanto a la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares en la aplicación de la suspensión condicional de la pena el Código Orgánico Integral Penal?

- Definitivamente si
- Probablemente si
- Probablemente no
- Definitivamente no

9.- ¿Considera usted que, ante la negativa de la suspensión condicional de la pena en delitos de phishing, se puede impugnar la decisión del juzgador argumentando discriminación por pasado judicial en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?

- Definitivamente si
- Probablemente si
- Probablemente no
- Definitivamente no

10.- ¿Considera usted que, ante la existencia de un conflicto normativo entre los arts. 630 numeral 3 del COIP y el art. 11 numeral 2 de la Constitución, puede existir discriminación por el pasado judicial de la persona sentenciada por phishing, debido a la inexistencia de reglas claras que permitan una adecuada valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?

- Definitivamente si
- Probablemente si
- Probablemente no
- Definitivamente no

MODELO DE ENTREVISTAS

1.- ¿Considera usted que, ante la existencia de un conflicto normativo entre los arts. 630 numeral 3 del COIP y el art. 11 numeral 2 de la Constitución, puede existir discriminación por el pasado judicial de la persona sentenciada, debido a la inexistencia de reglas claras que permitan una adecuada valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?

2.- ¿En su opinión, considera usted que los jueces pueden incurrir en discriminación al momento de valorar los antecedentes personales, sociales y familiares dispuestos en el artículo 630 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal?

3.- ¿En su opinión, considera usted que la suspensión condicional de la pena contribuye a la rehabilitación social de las personas sentenciadas por phishing en razón de lo que dispone el artículo 1 del COIP?

4.- ¿Considera usted que existe un vacío legal en cuanto a la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares en la aplicación de la suspensión condicional de la pena el Código Orgánico Integral Penal?

5.- ¿Considera usted que, ante la negativa de la suspensión condicional de la pena, se puede impugnar la decisión del juzgador argumentando discriminación por pasado judicial en la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares?

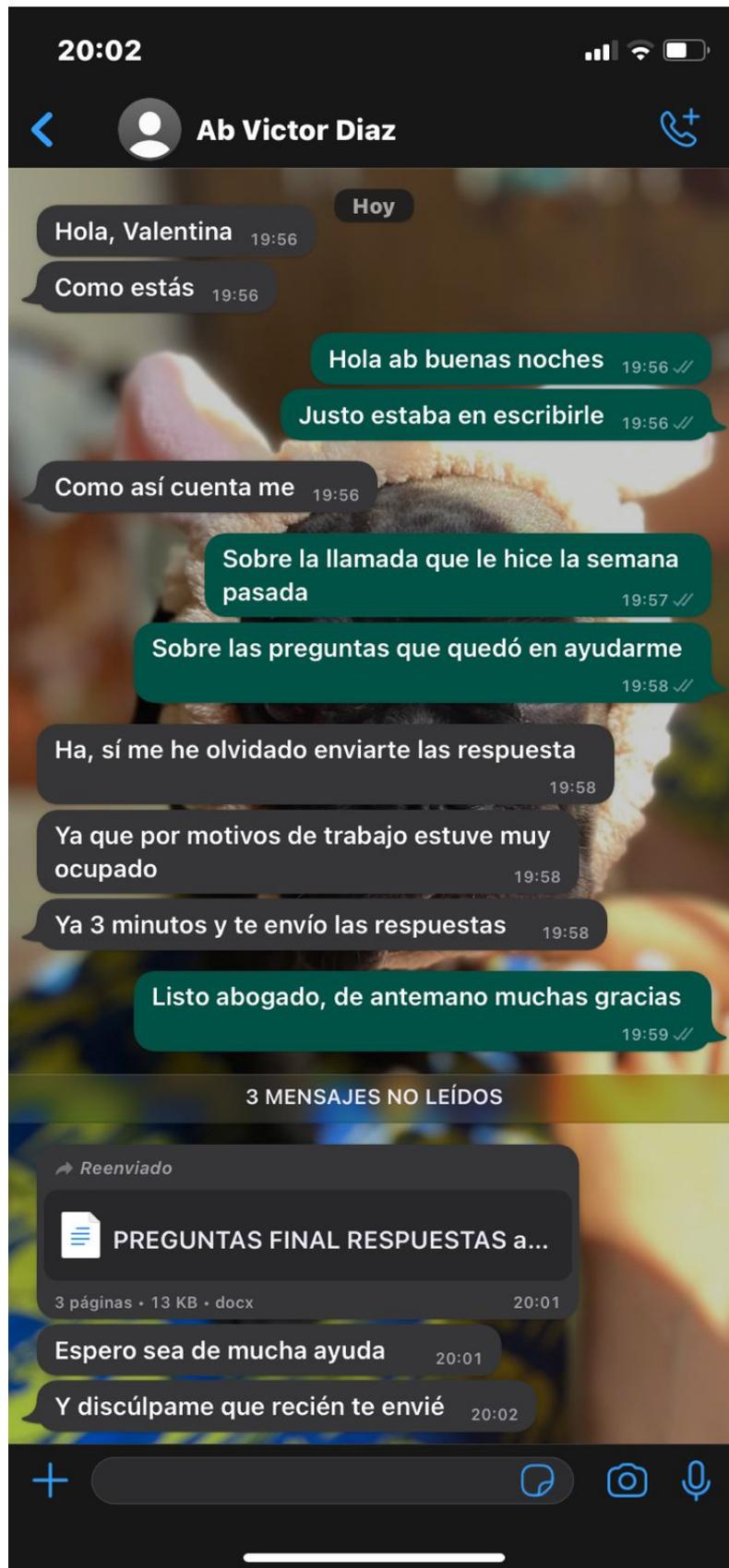
Anexo 3: Evidencia de entrevista: Abg. Félix Yagual Moreno



Anexo 4: Evidencia de entrevista: Abg. Segundo Mina



Anexo 5: Evidencia de entrevista: Abg. Félix Yagual Moreno



Anexo 6: Evidencia de entrevista: Abg. Arturo Herrera

