



DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN ECUADOR

René Astudillo Orellana

Collo**QUIUM**

Editorial - Centro de Formación

DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN ECUADOR

René Astudillo Orellana

DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN ECUADOR

Edited by Colloquium

ISBN: 978-9942-814-78-4

First edition 2021

The book was reviewed by academic peers before its editorial process, in case you require certification you should request it to: sbores@colloquium-editorial.com.

The production or storage of all or part of this publication, including the cover design, as well as its transmission by any means, whether electronic, chemical, mechanical, optical, recording or photocopying, without the authorization of the copyright holders, is strictly prohibited under the penalties of the law.

Ecuador 2021

DEDICATORIA

Este libro está dedicado a mis estudiantes de pre grado y Post grado de la Universidad de Guayaquil y la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, quienes con el devenir del tiempo son ahora mis distinguidos colegas letrados del derecho y con aprecio me emplazan como su maestro.

René Astudillo Orellana.

INTRODUCCIÓN

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN ECUADOR Y SUS EFECTOS

Desde la perspectiva de docente y criminólogo, me he permitido analizar el injusto penal de “**ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**” en Ecuador, así como sus consecuencias producto de actos de corrupción y sus efectos que producen a las personas, que afecta a gran parte del extracto social, sin excepción ni distinción de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, diferencia física, debiendo indicar que en nuestra sociedad, en las últimas dos décadas, se ha visto inmersos en grandes escándalos desde funcionarios públicos de primer nivel e inclusive algunos ex mandatarios de nuestro país y de la región.

En este mundo globalizado, en plena era digital, el avance científico y la economía bursátil mundial, demuestra que dichos beneficios vienen a la par con problemas sociales como los delitos de enriquecimiento ilícito, lavado de dinero, tráfico de drogas, armas, órganos entre otros delitos transnacionales, considerados flagelos para la humanidad, tal como lo prevé la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, firmada en New York en el 2004 y el Tratado de Palermo firmado por los Estados partes entre ellos el nuestro, en virtud de la amenaza internacional del crimen organizado mediante convenio No. 1. RO/ 197 de 24 de octubre del 2003.

Por ello fue necesario que nuestro ordenamiento jurídico penal ecuatoriano entre en armonía o coherencia con los conceptos y compromisos internacionales firmados, y por ello entró en vigencia el código orgánico integral penal en Ecuador el 10 de febrero de 2014 mediante Registro Oficial No. 180 y en el libro primero de la citada ley orgánica, observamos en su parte sustantiva en el capítulo V sección tercera Delitos contra la eficiencia de la Administración Pública, donde encontramos la tipificación con reproche del injusto penal en el Art. 279 sobre el enriquecimiento Ilícito de servidores públicos, considerando en la doctrina como un delito residual y en el Art. 297 del enriquecimiento privado no justificado, siendo un hecho significativo en nuestra legislación sustantiva penal, aunque el segundo injusto penal en mención no esté tipificado como un acto de corrupción meramente dicho, se ha comprobado en ciertos casos, que este tipo de delito tiene vinculación directa con la Eficiente Administración Pública, en concordancia con la Constitución de 2008 que en su sección segunda preceptúa sobre la Administración Pública, misma que la define en su Art. 227 como un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Así mismo referiré a los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, la acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas, debiendo considerar que estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señalada, es decir quienes coadyuven o por interpuesta persona, tal como lo prescribe el Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

En nuestro medio cada vez que se cuestiona jurídicamente el tipo penal de enriquecimiento ilícito, los representantes de la autoridad pública se pronuncian sobre la inconveniencia de aceptar tales planteamientos, puesto que llevarían a seguir desmejorando la imagen política de nuestro país “considerado por algunos a la política como un motín”, y no todo ciudadano aspira a ocupar un cargo público con el ánimo de servir a una sociedad, sino de abusar de la confianza que se le ha brindado en virtud de la función en administrar la cosa pública, per se muy por el contrario el funcionario público se beneficia a título personal, en desmedro y perjuicio de la mayoría de quienes conformamos una sociedad.

Por ello, ante el grado de corrupción manifiesto en algunos funcionarios públicos, con ocasión o durante el ejercicio del cargo, se hizo necesario que tiempo atrás, surja la necesidad imperiosa de buscar por intermedio de normas disciplinarias y aun penales, controlar lo que se ha denominado por algunos tratadistas: “El ilícito de incremento patrimonial”. De allí que el doctor *Alfonso Reyes Echandia* y quien fuera su ponente en el proyecto de 1974 lo trajera sustentándolo con las siguientes palabras: “...*Se crea como figura delictiva autónoma el enriquecimiento ilícito, cuando el funcionario público o el trabajador oficial, obtiene para sí o para un tercero, un incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo. Es otra modalidad de comportamiento altamente reprochable, que merece, por lo mismo, el más enfático rechazo social y jurídico...*”. Esto nos conlleva a considerar que el bien jurídico protegido por el Estado es la eficiente administración pública. (REYES ECHANDIA, 1995)

En contra posición al tratadista que antecede, el delito de enriquecimiento ilícito, dentro de un sistema penal garantista propio de un derecho penal, de un estado social y democrático de derechos, pues resulta para ciertos tratadistas, un absurdo jurídico al decir de ellos, tornándose en un derecho penal efficientista, fascista, propio de un derecho penal del autor y no de acto.

Sin embargo revelaré en la presente obra desde la postura del suscrito, que es evidente que nuestro derecho penal está orientado y encuentra su justificación en la protección de bienes jurídicos que no pueden confundirse con la moralidad, pues este hace parte de la esfera íntima de las personas que escapa al mundo jurídico, cuestión aceptada desde los griegos, con mayor fuerza en los romanos y sin discusión alguna a partir de los canonistas, y no siendo la excepción para

nuestra sociedad con respecto a América Latina, donde este tipo de delito ha tenido mayor alcance en las sociedades, en el que lamentablemente sin temor a equivocarnos, se ha enraizado en las sociedades latinoamericanas como una cultura errada de aspiración en obtener incremento de sus patrimonios de manera inmediata a costa de lo que sea.

Por ello en el código orgánico integral penal (COIP), también abarca el enriquecimiento ilícito público, como lo hemos enunciado en líneas anteriores y por ello hoy en día este injusto penal no solamente es considerado como un delito no prescriptible, sino que se lo ha ubicado en el grupo de los delitos más gravosos, siendo catalogado como una infracción que afecta a un Estado con otro, como delitos de connotación social como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la desaparición forzada de personas y crímenes de guerra, las infracciones graves a los derechos humanos, el peculado, el cohecho, la concusión, infracciones contra el medio ambiente, considerados imprescriptibles.

En lo que respecta a nuestro continente, se ha planteado toda una plataforma de “*estrategia*” para combatir este flagelo que aqueja a las sociedades y corrompe a quienes las conforman mediante planteamiento de leyes, que el legislador pretende frenar este acto antijurídico, que a diferencia de otros delitos, el sujeto activo dentro del *Iter Criminis*, lo que en doctrina también se conoce como delincuente de cuello blanco, que en su mayoría son personas de estrato medio y alto de nuestra sociedad, quienes tienen acceso y facilidad a los fondos públicos, en razón de sus cargos o funciones que ostentan, por ello la tipificación del injusto de enriquecimiento ilícito injustificado.

Frente al auge delictivo de corrupción, se creó el tipo penal en estudio y como no era de esperarse algunos procesalistas consideran que se violenta el principio de inocencia, indicando que se aplica la inversión de la actividad probatoria, por ello la discusión entre la distribución de la carga probatoria (prueba de cargo y de descargo) o solo se limitan a la mínima actividad probatoria de la Fiscalía General del Estado, que cumpla con su acusación, sin ejercer defensa técnica activa a favor del justiciable.

Del párrafo que antecede y frente a la postura del suscrito explicaré la importancia de la defensa activa del servidor público, pues en estos casos el justiciable está investido de ciertos principios, como el de honestidad, probidad, transparencia y este no solo debe tener como obligación su declaración patrimonial ante la Contraloría General del Estado, sino que todos sus bienes muebles e inmuebles, deben de ser cuantificados, como garantía y transparencia del servidor público, sino también para que se garantice su inocencia mediante la prueba de descargo, frente a cualquier pretensión de acusación de Fiscalía mediante su equipo interdisciplinario de persecución, por lo que considero que no habría inversión probatoria tal como desarrollaremos más adelante.

Nada de lo indicado va hacer posible, si no se respetan los derechos fundamentales del ser humano “sujetos procesales” que deben de ser consustanciales dentro de un proceso penal por quienes se consideran como la triada del derecho que lo constituyen Juez, Fiscal y Defensa Técnica, aspectos relevantes que deben de primar como característica del garantismo penal, frente a los principios de colaboración del sujeto activo en razón del cargo que ostenta como servidor público,

De lo expresado lo que marca el desarrollo cultural y en consecuencia, es el grado de evolución de una sociedad, es el desenvolvimiento real y cierto de las correctas practicas judiciales, en aras de esos intereses y políticas de Estado donde se respeten las garantías del debido proceso y por ende la tutela judicial efectiva, pues de ellos depende una justicia expedita y equitativa, acompañada de una verdadera reparación integral al sujeto pasivo como lo es el Estado de acuerdo al daño irrogado.

Concluiremos en el presente apartado entonces, que en este tipo de delito como es el enriquecimiento ilícito, debe de existir una verdadera distribución al respecto del tratamiento de la carga probatoria, con sinergia a la valoración de la prueba de cargo y descargo respectivamente, sin que esto constituya inversión de la carga de la actividad probatoria, en razón del principio de colaboración y buena fe procesal del servidor público y de la defensa técnica activa, posturas principales que la explicaremos en el decurso y desarrollo del presente libro.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	8
1.1 Evolución histórica	8
1.2. Convención Interamericana contra la corrupción.	14
1.3. Normativa comparada.	17
1.3.1. Panamá.	18
1.3.2. Costa Rica	19
1.3.3. Venezuela.	20
1.3.4. México.	21
1.3.5. Puerto Rico.	21
1.3.6. Argentina.	22
1.3.7. Colombia.	23
1.3.8. Perú.	24
1.3.9. Estados Unidos.	25
1.3.10. Ecuador.	26
1.4. La Administración Pública como bien jurídico penalmente tutelado.	29
1.5. Cuestiones de política criminal relativas al delito de enriquecimiento ilícito y principios reguladores del control penal.	36
1.6. Principios y obligaciones del servidor público.	39
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	44
2.1.- Delito de enriquecimiento ilícito y/o residual.	44
2.2. Elementos del tipo penal de enriquecimiento ilícito.	50
2.2.1. Conducta de acción típica.	50
2.2.2. Vinculación al cargo.	53
2.2.3. El Servidor y/o Funcionario Público como Sujeto Activo.	55
2.2.3.1. Otros sujetos activos.	59
2.2.3.2. El concepto de funcionario y servidor público para el derecho penal desde la perspectiva ecuatoriana.	62
2.2.4. El Estado como sujeto pasivo	66
CAPÍTULO III: DESCRIPCIÓN TÍPICA	69
3.1. Antijuridicidad.	69
3.1.1. Antijuridicidad formal y material.	71
3.2. Culpabilidad.	72
3.3. Punibilidad.	73
3.4. Tentativa y consumación.	76
3.4.1. Grados de participación. Autoría.	80
3.4.2. Coautoría.	83
3.4.3. Autoría Mediata.	84
3.4.4. Cómplices.	86
3.5. Concurso de delitos.	87
3.6. Reparación integral del Estado como víctima.	89
3.7. Extinción de la acción penal.	92

CAPITULO IV: ASPECTOS PROCESALES Y PROBATORIOS	95
4.1. El estado de inocencia frente al juzgamiento en ausencia en el delito de enriquecimiento ilícito.	95
4.2. Inversión de la carga de la prueba.	98
4.3. El enriquecimiento ilícito desde la óptica pericial contable.	105
4.4. Diligencias necesarias para realizar la incautación y decomiso de efectos y ganancias del delito, embargo de bienes del agente del delito. Análisis de las últimas reformas en el COIP.	109
4.5. Posesión constante de bienes y activos, delito continuado y flagrancia.	112
4.6. La dicotomía del juzgamiento en ausencia y la imprescriptibilidad y desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana.	114
4.7. Casuística relevante al delito de enriquecimiento ilícito. Sentencia nacional y comparada.	121
4.7.1.Casuística Nacional (Sentencia Absolutoria).	121
4.7.2.Casuística Nacional (Sentencia Absolutoria).	125
4.7.3.Casuística Comparada.	127
Bibliografía	131

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1.1 Evolución histórica

El ejercicio del poder, siempre significó para el ciudadano común, una gran meta, puesto que es visto como una “oportunidad”, pero a su vez es una gran tentación para beneficiarse patrimonialmente sin causa alguna de los bienes o el erario público, tentación que muy pocas veces ha logrado superar el ciudadano común convertido en gobernante.

Como sabemos por cultura general, el fenómeno criminal inicia con la historia misma del hombre, la primera pareja penal la narra la Biblia con la muerte propiciada por Caín a su hermano Abel, la lucha en contra del delito y la explicación científica de este fueron objetivos que las ciencias normativas trataron de alcanzar durante la antigüedad y la Edad Media.

En este punto, es importante señalar que existe una controversia doctrinaria en cuanto a la razón por la cual los romanos admitieron el principio del enriquecimiento injustificado o sin causa, mismo término que no ha variado a la actualidad. Por tanto, la tesis de Savigny¹, señala que los romanos implementaron una extensión a las reglas del contrato, es decir todo enriquecimiento sin causa es producido, no por un préstamo, sino por una dación sin causa, que precisamente por ser sin causa enriquece con detrimento e injuria de otro.

Desde otra perspectiva el tratadista francés Girard, en las palabras del jurista *Hugo Aguilar* sostiene que los romanos aceptaron el principio de que “aquel que sin causa retiene una cosa, está obligado a su restitución”, precisamente, en virtud de una consecución sin causa de dinero o bien mueble o inmueble alguno. Para entender mejor el origen de la teoría del enriquecimiento ilícito y/o injustificado, es importante tomar en consideración que en Roma, existía una idea muy antigua que aquel que se ha enriquecido sin causa en detrimento de otra persona, debe cuenta a esta última de aquello con que se ha enriquecido, de allí la obligación de equidad, la misma que estaba particularmente desenvuelta por los principios de la religión romana y sabido es que, para los romanos, todo hombre recibía, al nacer, un lote de manos del destino, este lote comportaba una proporción fija de felicidad y desgracia, de elementos positivos y negativos. Cuando uno de estos elementos variaba, el otro debía variar en sentido inverso. Cualquiera que se enriquecía sin causa, a expensas de otro, aumentaba el elemento positivo de su lote, sin disminución equivalente, y debía cuenta de todo lo que excediera del lote que le había sido atribuido. (AGUILAR LOZANO, 2011)

¹ Históricamente, como se dijo en la primera parte, es cierto que el préstamo y la acción emergente, sirvieron de antecedente para el sucesivo progreso y realización legislativa de la institución del “enriquecimiento sin causa”

La ley de partición (Némesis, de partir) sancionaba esta concepción fatalista de la existencia. sanciones religiosas, luego civiles, vinieron a agregarse a esta sanción moral. El sistema de la venganza privada, el de la *damnatio*, no es más que aplicación de la ley de Némesis en ciertos casos determinados, especialmente en el caso en que había delito, hecho ilícito. Era necesario, para que ello sucediera, que concurrieran circunstancias especiales que hicieran que el enriquecimiento se considerase injusto, lo que equivale a decir, como se vio supra y en el mismo sentido que manifiesta el autor italiano Pacchioni², que el Derecho romano no conoció una acción genérica de enriquecimiento, sino tantas acciones como situaciones diversas pudieran presentarse, en particular existiría una intrínseca relación entre el principio que prohíbe enriquecerse con daño ajeno y la misma *negotiorum gestio*, esto es que se tenga la voluntad de gestionar un negocio ajeno, devolviendo las ganancias al dueño del negocio y no enriquecerse sin causa justa de este negocio.

Todas estas acciones desplegaban al mismo fin, que consistía en impedir un enriquecimiento injusto, pero cada una de ellas ofrecía un fundamento y perseguía un objeto propio, lo que produjo que se las estudie separadamente, por el momento, lo que más nos interesa es la *condictio sine causa*.

En el mencionado pasaje del Digesto se dice: “*Iure Naturae Aequum Est, Neminem Cum Alterius Detrimento Et Iniuria Fieri Locupletiores*” (Es conforme a la equidad del derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro), esta frase ha servido a muchos autores para que hayan admitido la existencia de una *actio in factum* para el enriquecimiento, con un amplísimo campo de aplicación; pero la más reciente doctrina de los romanistas se manifiesta decididamente contraria a tal generalización. Debemos recalcar en el hecho que el Derecho Romano, como se ha manifestado antes, “...ni sentó el principio general de que toda persona si tuviese en su patrimonio un aumento sin causa justificativa, debiera desprenderse de él a favor de quien sufrió la merma, ni señaló una acción general para todas las hipótesis posibles en las que se diese esta circunstancia.”

Por lo tanto, fiel a su peculiar manera de proceder, el Derecho Romano fue concediendo a figuras concretas, acciones que se iban designando con una denominación distinta, expresiva de la hipótesis a que se refería. Todas ellas, sin embargo, constituían meras aplicaciones de aquel tipo de acción abstracta y de derecho estricto que también, como se manifestó, algunos suponen que nace de la *stipulatio* y del mutuo. En este orden de ideas, expresa *Bonfante*: “El enriquecimiento sin causa tiene lugar cuando la causa próxima de la adquisición está vinculada a una causa remota inexistente o ineficaz para el derecho, y que, en tales casos, aun reconociendo la adquisición del derecho real o del crédito, se concede acción al damnificado para obtener la restitución del aumento patrimonial experimentado por la otra parte”. (DIAZ BIALET, 2015)

² Diritto civile italiano. Pacchioni

Por otro lado, refiriéndonos al francés *Eugene Petit* manifiesta que, el principio de equidad, que había hecho sancionar muy pronto la obligación nacida del pago de lo indebido recibió otras aplicaciones, y en la época clásica se admite frecuentemente la existencia de una obligación, a cargo de la persona que se ha enriquecido sin causa a costa de otro. (PETIT, 2007)

Ubicándonos en el tiempo, indicaremos que ilustres filósofos de la época, como Homero, Sócrates, Aristóteles, Platón, etc., dieron opinión respecto del problema del fenómeno criminal, y del castigo que debían imponerse a los infractores, sin embargo, tales aportaciones no son catalogadas como aportes criminológicos.

La consolidación de la criminología tiene sus bases en el periodo pre científico a finales del siglo XVIII con la escuela clásica que propugna el prototipo del libre albedrío, como explicación de la causa del crimen, teoría que fuera convulsionado por el positivismo científico, con su máximo exponente César Lombroso³ quien era médico, psiquiatra, antropólogo y político, mismo que fue conocido como el padre de la criminología, quien tras haber analizado a seis mil delincuentes vivos, veinticinco mil reclusos de las cárceles europeas; y realizado más de cuatrocientas autopsias de delincuentes, encontró en ciertos cráneos una “enorme foceta occipital media y una hipertrofia de Verne análoga, a los que se encuentra en los vertebrados inferiores”. Tras estas investigaciones cree haber encontrado la explicación científica de la causación del delito, entonces formula la teoría sobre las causas de criminalidad que obedecen a factores endógenos, estos estudios fueron incorporados en su Tratado Antropología Criminal, la cual contiene las tipologías criminales como el delincuente nato, el homo delinque y la donna delinque, teorías que con el devenir del tiempo quedaron en desuso, con la aparición de nuevas teorías.

Es importante anotar que en la superación de la criminología positivista tuvo un papel central la llamada Escuela de Chicago, que se desarrolló, a partir de los trabajos del Departamento de Sociología de la Universidad de Chicago, donde se inicia la tradición de los “Social Surveys” o estudios sobre problemas sociales concretos, en ellos se contempla la influencia que tienen en la conducta humana los cambios demográficos y las circunstancias económicas, considerando una multiplicidad de factores que componen y se innovan las explicaciones criminológicas con respecto al fenómeno criminal, pragmáticas, por las orientaciones sociológicas, “La denominada escuela de Chicago⁴ se caracterizó, desde un principio por un particular empirismo y por su finalidad pragmática

³ Aunque Lombroso falleció en 1909 y no alcanzó a ver sus ideas incorporadas a la práctica legal, Ferri desempeñaría un papel protagónico en la reforma del código italiano. De hecho, bajo el mandato de Benito Mussolini, el código fascista de 1930, con un énfasis lombrosiano en el "tratamiento" y rehabilitación de los ofensores, se contaba entre las reformas más admiradas y progresistas del régimen. José Luis Peset, Ciencia y marginación. Sobre negros, locos y criminales, Editorial Crítica, Barcelona, 1983, Caps. 5 y 6.

⁴ Revista Universitaria de Investigación Sapiens. ISSN 1317-5815.

concentrando sus estudios en hechos sociales del momento”.

Estas alineaciones sociológicas se conciertan un remanente de corte europeo y norteamericano, el corte europeo sustentado en la teoría de la anomia preconizada por Emilio Durkheim; el norteamericano por King Merton, con las teorías sub culturales y la teoría de la asociación diferencial de Edwin Sutherland. Tal como lo explica *Carlos Mario Molina*, en su ensayo de criminología académica, partiendo del supuesto de que el crimen no surge necesariamente por algún retroceso atávico, a un estado evolutivo anterior, o en virtud de la deficiencia mental o biológica o a la anormalidad psicológica, sino que es socialmente causado. Descartando la teoría del delincuente por taras o genes hereditarios que Lombroso promovía en épocas anteriores. (MOLINA ARRUBLA C. M., 1988)

Entonces podemos indicar, que el avance de la civilización ha propiciado cambios en la conducta del ser humano, como es referido que vivimos en un cambio de época, en un mundo moderno y globalizado, lo que impone la dinámica de la dialéctica, desarrollándose inexorablemente conductas intolerables para el Estado y la Sociedad, injustos que lesionan bienes jurídicos, que son inherentes en el ser humano, que viven en el hombre. En la actualidad estamos en un periodo crítico, que no es más que una crisis de las tantas que han ocurrido.

Ahora bien, continuando con el hilo conductor, la propagación de esta crisis mundial, que afecta tanto a lo moral, ético como a la economía y a la política, está causando grandes estragos en la humanidad, desarrollando una teoría que estudia los “Delitos de Cuello Blanco” que permanecen impunes ante el control represivo del Estado, delitos que tienen como origen, un carácter heterogéneo; y que existe una cifra gris, oscura de la delincuencia que es cualitativa y cuantitativamente peligrosa, a quienes el sistema penal aparentemente según esta nueva corriente o teoría no les impone sanción penal alguna.

Por ello el método de Sutherland⁵, quien acuñó la expresión de “cuello blanco” para definir un crimen cometido por una persona de respetabilidad y alto estatus social en el curso de su ocupación, el método de este estudioso se aplica tantos a los ricos como a los pobres. Sutherland llegó a descubrirlo después de 25 años, donde invirtió gran parte de su tiempo investigando en los juzgados, en los tribunales de justicia norteamericano y buscaba los casos celebres, delitos que no estaban criminalizados, ni penalizados, como problemas de los grandes perjuicios al Estado. Investigó casos relativos a bolsas de valores, bancos, seguros en quiebra, tráfico ilícito de armas, compañías petrolíferas, compañías de transportes, corporaciones, empresas, fraudes fiscales, falsas declaraciones en clasificación de mercancía, tergiversación en anuncios y ventas, prebendas en los contratos militares o contratos de obras públicas, y si es verdad, existían juicios pero era en el área civil y con una comodidad que ni siquiera se permitía en el proceso la comparecencia del Presidente

⁵ Principios de criminología.

de la compañía, sino que sus abogados en una capacidad infinita de ardid, para lograr el entendimiento; los médicos no se encontraban al margen de la delincuencia de cuello blanco al practicar tratamientos innecesarios y envío de pacientes a clínicas, hospitales que entregue el porcentaje más alto y no el cirujano más capacitado; los servicios ilegales al hampa, informes y testimonios fraudulentos. Utilizó para su estudio las decisiones tomadas por tribunales Administrativos y a eso le denomina la criminalidad del cuello blanco. (BODERO CALI, 2006)

En conclusión, podemos indicar, que la teoría lombrosianas del delincuente nato, se descartaron, es decir las explicaciones psicológico psiquiátricas sobre los tipos criminales, la aplicación de test mentales a los reclusos, así como de la identificación del mundo del delito con el mundo de la pobreza, junto con las políticas de prevención basadas en la eugenesia “mejoramiento”, conocieron entonces un descrédito total. Sutherland desplazó el crimen del callejón para introducirlo en los consejos de administración.

Desde una perspectiva general, debemos hacer hincapié en la definición de corrupción dada por José López: “...la violación de una obligación por parte de alguien con capacidad de decisión, para obtener un beneficio individual que no se deriva funcionalmente de la posición que ocupa...”. Dentro de la corrupción tenemos dos divisiones: privada y pública, esta última subdivida en política y administrativa. Hablar de corrupción política es aún más grave, puesto que esta afecta a la comunidad, al país por completo. (LOPEZ PRESA, 1998)

Parte de la disquisición de la conducta corrupta en cargos públicos por parte de personas de cuello blanco, quienes no se consideran ellos mismos como delincuentes, es la gran cantidad de dinero y la naturaleza laberíntica de las actividades gubernamentales. Por supuesto, esto se refleja de una manera más exagerada a nivel nacional, donde se presentan comúnmente sumas de cientos y a veces de miles de millones de dólares, así como constantes oportunidades para esconder transacciones ilegales de gran envergadura. Los gobiernos estatales y, frecuentemente, los gobiernos municipales y locales, tienen presupuestos operativos bastante elevados. Aún más, la estructura burocrática de los gobiernos actuales con nuevas corrientes ideológicas que inflan la burocracia y frecuentemente aparenta proteger a los funcionarios públicos de observación o supervisión cercana toda vez que divide responsabilidades entre un gran número de personas y da a quienes son responsables de todo, poco control sobre los detalles.

Tal como antecede podemos indicar que en la actualidad, surgen grandes organizaciones privadas dedicadas a las actividades ilícitas, pero es más probable que sean más excesivas en el ámbito público. Así mismo la mayoría de delitos de corrupción pública son desde la perspectiva individual, crímenes sin víctima, también llamados delitos profesionales o de cuello blanco, es decir este tipo de delitos son más complejos que los de hurto por ejemplo, cuando en estos casos si

determinamos a la persona lesionada o dañada, pero a diferencia de los delitos de corrupción, el sujeto activo es el Estado y por lo general no llegan a fundamentar las acusaciones quedando en la impunidad y por ende el descontento social.

La corrupción pública, desde la perspectiva del delito de cohecho, concusión, peculado, típicamente conlleva una transacción entre un funcionario público y un particular, un soborno, restitución secreta de una parte de sueldo, honorarios, etc., que se deben al favor o protección de otra persona o la compra o venta de información o propiedad gubernamental que enriquece a ambos, en este caso podemos encontrar la ecuación para detectar el enriquecimiento ilícito, que como lo habíamos indicado en líneas anteriores, es considerado un delito residual.

El delito obviamente no es uno sin víctima; la sociedad es la verdadera víctima, pero a diferencia de los delitos ordinarios, la víctima no sabe que ha sido objeto de un delito; en consecuencia, el problema de destapar la corrupción pública ha presentado especiales dificultades y ha dado lugar al surgimiento de técnicas especiales de investigación a cargo de la Fiscalía por intermedio de su cuerpo interdisciplinario tal como lo prevé el artículo 195 de la Constitución de la República de Ecuador⁶.

Otra de la peculiaridad de la corrupción en el desempeño de un cargo público que debe tenerse en cuenta, es la dificultad de distinguir claramente entre actividades legales y corrupción. Un soborno directo, abierto a alguien que le paga a un funcionario público para que tome en su favor una decisión discrecional puede identificarse fácilmente; pero en cierto modo para evitar la detección, las partes de la transacción generalmente utilizan términos confusos para describir lo que ellos están haciendo. Por ejemplo, los legisladores pueden aceptar una contribución política de alguien sin hacer promesa explícita alguna como contra prestación, pero ambas partes pueden entender que hay un *quid pro quo* corrupto.

Cómo se puede distinguir entre una contribución a un político, solo porque se está de acuerdo con su programa, y un soborno para comprar votos en el futuro. Cómo se pueden distinguir los esfuerzos de una empresa para presentar sus productos y operaciones de la mejor manera, los halagos y regalos que son parte permitida de una relación de negocios en curso, de una parte, y de la otra, pagos disfrazados que enriquecen a los funcionarios públicos a expensas de la sociedad, y esto es una estrategia de cómo ser atraídos o inducidos los ejecutivos bien pagados de la empresa privada en aceptar un cargo público, si a ellos no se les permite posteriormente retornar a posiciones privadas importantes.

Para concluir con este primer apartado, fue importante repasar la historia

⁶ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

de manera breve, para establecer que la problemática del aumento injustificado de activos y/o bienes al patrimonio de un servidor público, se daba desde la antigua Roma, sin que esto haya variado a la actualidad y más bien se ha perfeccionado en los actuales momentos, tornándose un delito complejo, difícil de combatir por ende considerado por algunos tratadistas y convenios internacionales contra la corrupción, como un flagelo que azota la humanidad y que en esta última década, en Latinoamérica se ha visto afectada por este fenómeno social, que va en aumento en desmedro de la cosa pública y por ende del progreso de los países.

1.2. Convención Interamericana contra la corrupción.

En la actualidad, nos encontramos ante un fenómeno social, mismo que supone el pensamiento acerca de la decadencia de valores, ética y moral, tanto es así que el crecimiento económico, no es más que un reflejo de la equidad y la justicia social en un país.

La exigencia ética, hoy ha ido evolucionando, pasando por distintas etapas, entre ellas podemos indicar que algunos autores distinguen una primera fase teológica, inseparable de los mandamientos divinos, que se extendió hasta principios del siglo de las Luces. Una segunda fase laica moralista, que comprendió desde el siglo XVIII hasta mediados del siglo XX, donde pensamientos como los de Voltaire, Bayle y Kant tienen una influencia relevante. En esta etapa, la ética se erige como el valor superior. La tercera etapa, post moralista, que abarca el momento actual, pone particular énfasis en los derechos del individuo y su bienestar. (LIPOVETSKY, 2003).

En el momento actual existen múltiples instrumentos jurídicos internacionales por medio de los cuales se busca combatir la corrupción. En el ámbito internacional se cuenta con una serie de resoluciones adoptadas por la Asamblea General y el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas⁷.

Dentro de ellas se encuentran las resoluciones 51159 y 51191 de la Asamblea General, del 12 de diciembre de 1996. La primera aprobó el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, y la segunda de ellas adoptó la declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales.

Se aprobó, asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por resolución 55/25, del 5 de noviembre de 2000, que contiene varias disposiciones sobre corrupción⁸. (CONVENCIÓN DE

⁷ <https://research.un.org/es/docs/ecosoc/resolutions>

⁸ https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf

LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRASNACIONAL, 2001)

Entre las más recientes resoluciones aprobadas por el ECOSOC se encuentra la No. O 200 1113, del 24 de julio de 2001, titulada «Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el lavado de activos, así como para repatriar dichos fondos».

Los esfuerzos en la lucha contra la corrupción en el ámbito universal se cristalizaron en la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, del 31 de octubre de 2003. Es el primer instrumento jurídico de carácter mundial para enfrentar el flagelo de la corrupción, mismo que ha sido firmado por 113 países, y hasta el momento hay 11 Estados que son parte de él, entre ellos nuestro país.

En el marco de la Organización de los Estados Americanos, se elaboró la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)⁹. Fue adoptada en Caracas, el 29 de marzo de 1996, y de acuerdo con lo prescrito por su artículo XXV, entró en vigor el 6 de marzo de 1997. Es el primer tratado celebrado sobre este tema en el mundo, y el único en vigor hasta el presente, este tratado significa para los Estados parte la consagración de normas mínimas indispensables para combatir la corrupción, y es un esfuerzo innovador por enfrentarla en el plano internacional, lo que contribuye a la prevención, detención, investigación y sanción de este delito. El instrumento consta de un preámbulo y de veintiocho disposiciones, respecto al preámbulo cabe recordar su valor jurídico.

Esta convención tiene como objetivos: a) promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, descubrir, sancionar y erradicar la corrupción, b) Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, descubrir, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos vinculados con tal ejercicio.

Una vez adoptada la primera convención, la Asamblea General instó a los Estados miembros a suscribir, ratificar o adherirse a ella (XXVI-096); es decir, se emprendió la necesaria tarea de difusión, para los efectos de lo dispuesto en el artículo XXIII, que deja abierta la convención a la adhesión de cualquier Estado.

En el caso de la CICC¹⁰, contiene una serie de disposiciones respecto a diversas conductas que la Convención, misma que recomienda que deberían ser tipificadas por los Estados parte. En el caso del enriquecimiento ilícito, la CICC

⁹ http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.pdf

¹⁰ Convención Interamericana contra la Corrupción.

establece en el artículo IX lo siguiente: “...Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados parte que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueden ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados parte que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención...”. (CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN, 1996)

Es preciso indicar que en el plano internacional se deben diferenciar las normas contenidas en un tratado entre normas de carácter autoaplicativo (normas imperativas) y normas denominadas “programáticas”. Un tratado, como en el caso de la Convención interamericana contra la corrupción, pueden contener normas de ambos tipos. En el primer caso, la norma o disposición es lo suficientemente específica y no requiere que se adopten medidas adicionales legislativas para que puedan ser aplicadas. En el segundo caso, sí se requiere que se adopten medidas adicionales en el ordenamiento interno del Estado parte.

En conclusión, podemos señalar que la Convención Interamericana para Luchar contra la Corrupción, permite reforzar las obligaciones del Estado en la lucha contra este flagelo y aumenta el compromiso para el diseño de mecanismos de coordinación que permitan enfrentar la delincuencia transnacional en materia de corrupción. Por ello cuenta con un mecanismo de seguimiento, que ya tiene varios años de vigencia y a través del cual las medidas adoptadas por los Estados Partes en esta Convención son analizadas.

El Mecanismo de Seguimiento a la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de quien a partir de ahora se lo denominará como (MESICIC¹¹), puede definirse como un instrumento de carácter intergubernamental establecido para apoyar a los Estados que son parte en la implementación de las disposiciones de la Convención, mediante un proceso de evaluaciones recíprocas y en condiciones de igualdad, en donde se formulan recomendaciones específicas con relación a las áreas en que existan vacíos o requieran mayores avances.¹²

De lo expresado en líneas que antecede, es importante resaltar que los Estados parte, quienes ratifiquen dichos compromisos internacionales dentro del Derecho Internacional Público, las normativas supranacionales, se revisten de obligación imperativa dentro del reglamento jurídico de cada legislación, como un principio internacional (*ius cogens*). Lo que establece en los tratados

¹¹ Mecanismo de Seguimiento a la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

¹² <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/default.asp>

internacionales, es que la persecución mediante los órganos de punición, es sancionar los actos de corrupción en las regiones respectivas, y en lo posible dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado, guarden uniformidad en la imposición de la pena, refiriéndome en el derecho sustantivo penal y en lo pertinente a su procedimiento que sea unísono, mediante la asistencia penal internacional es decir, en lo que respecta al sistema adjetivo penal, tal como lo prevé nuestra legislación ecuatoriana en el libro II del código orgánico integral penal¹³, misma que tiene relevancia con los tratados internacionales y que nuestra Constitución, mediante cláusula cerrada la acoge de manera textual.¹⁴

En lo pertinente considero, que nuestra normativa no carece de falencias procesales, sino que el problema es la falta de control, con respecto a los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores públicos), tal como lo reconoce el código orgánico de la Función Judicial, pues del buen actuar del abogado, de la acusación objetiva y del Juez imparcial y garantista, depende de marcar los precedentes constitucionales y legales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La falta de supervisión, a quienes están llamados a controlar el actuar de los servidores públicos mediante las instituciones del Estado (Contraloría General del Estado, Fiscalía General y Función Judicial), es decir, la omisión de control y sanción con respecto a actos de corrupción, coadyuva al beneficio y costo de los delitos contra la eficiente Administración Pública, pues al no existir sanción punitiva y administrativa, la percepción ciudadana pierde credibilidad con respecto a las instituciones de control y por ende a la correcta Administración de justicia.

1.3. Normativa comparada.

Es de señalar que son pocas las legislaciones penales, que en Latinoamérica han consignado entre sus estatutos penales, la figura del enriquecimiento ilícito, con modalidad delictuosa del funcionario público como sujeto activo, mismo reproche penal que se tendrá que implementar en cada legislación interna guardando relevancia y armonía con los tratados internacionales de delitos contra la corrupción, así como también que guarde estricta coherencia con la Constitución de cada Estado parte, respetando la idiosincrasia del medio donde se ha de aplicar, pero por sobre todo con sujeción a los principios limitadores del derecho penal, con respetabilidad a los derechos fundamentales que goza todo

¹³ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 497.- Asistencia judicial recíproca. - Las o los fiscales podrán solicitar asistencia directa a sus similares u órganos policiales extranjeros para la práctica de diligencias procesales, pericias e investigación de los delitos previstos en este Código. Esta asistencia se refiere entre otros hechos, a la detención y remisión de procesados y acusados, recepción de testimonios, exhibición de documentos inclusive bancarios, inspecciones del lugar, envío de elementos probatorios, identificación y análisis de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización e incautación y comiso de bienes.

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

ciudadano, mediante la tutela judicial efectiva.¹⁵

Ahora bien, el enriquecimiento ilícito es un fenómeno internacional, que mantiene en total preocupación a la comunidad mundial, pues es un flagelo que azota a todas las regiones y que nuestro país no es la excepción, por ello la creación de varios convenios internacionales multilaterales para mitigar este fenómeno social, creándose comisiones y organismos multilaterales, de carácter preventivo para detectarlo, controlarlo y/o sancionarlo.

De otra parte y acertadamente, subsisten, las evaluaciones internacionales a las que son sometidos los países suscriptores y sectores financieros para verificar si se han adoptado los estándares recomendados por los grupos de trabajo internacional antes mencionados. A pesar que aún existen países y sectores financieros no cooperantes.

Para un análisis comparativo, pero por sobre todo para ilustrar el presente apartado, he preferido citar normativa comparada en lo que respecta a la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en otros países, mismo que es considerado como abstracto y a su vez residual, por sus características difíciles de detectar, sin embargo el esfuerzo de los Estados Parte, se ha tornado insuficiente ante el auge delictivo propagado por la avaricia y la desmedida acumulación o aumento injustificado de bienes de los servidores públicos quienes de manera directa o indirecta se benefician de su cargo en perjuicio del erario nacional a quien se le considera el sujeto pasivo. De lo expresado, entraremos a analizar la normativa penal de algunos países.

1.3.1. Panamá.

Al igual que otros países Panamá, considerado como paraíso fiscal, no ha sido la excepción del fenómeno de Enriquecimiento Ilícito, es más por su moneda es apetecida por propios y extraños como un paraíso para sus inversiones económicas de nacionales y extranjeros, teniendo que advertir que al igual que en nuestro país Ecuador, la moneda oficial es el dólar y por tales razones es más fácil camuflar el dinero producto del enriquecimiento ilícito y pretender simular que es un acto lícito producto de esfuerzo y trabajo de cualquier ciudadano, antes de ostentar el cargo público, pues debemos de recordar que el sujeto activo del tipo penal en alusión es el servidor público.

En la legislación de Panamá, el Código Penal regula el enriquecimiento ilícito en el artículo 351. En tal sentido, se establece en el citado precepto lo siguiente: “...*El servidor público que, personalmente o por persona interpuesta,*

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

incremente indebidamente su patrimonio respecto a los ingresos legítimos obtenidos durante el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el cargo, y cuya procedencia lícita no pueda justificar será sancionado con pena de prisión de tres a seis años. La pena será de seis a doce años de prisión si lo injustificadamente obtenido supera la suma de cien mil balboas (B/. 100,000.00). La misma sanción se aplicará a la persona interpuesta por disimular el incremento patrimonial no justificado. Para efectos de esta disposición, se entenderá que hay enriquecimiento ilícito injustificado, no solo cuando el patrimonio se hubiera aumentado con dinero, cosas o bienes, respecto a sus ingresos legítimos, sino también cuando se hubieran cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban...”. (CODIGO PENAL DE PANAMA. Texto Único adoptado por Ley N° 14, 2007)

Como podemos observar, en la legislación panameña, tipifica el enriquecimiento ilícito obtenido hasta los cinco años posteriores al ejercicio del cargo, así como la sanción penal es más agravada cuando el monto del perjuicio se incrementa a un valor superior, por lo que el legislador fue acucioso en detectar que la mayoría de servidores públicos que defraudaron o desfalcaron las actas del Estado, invertían el dinero producto del aumento injustificado durante el cargo como servidor público, posteriormente, situación que en nuestra legislación ecuatoriana no se refleja y esto conlleva a un vacío jurídico en beneficio del infractor.

1.3.2. Costa Rica

Prosiguiendo con el estudio histórico del fenómeno de “Enriquecimiento Ilícito” a través del continente Centroamericano, que no siendo la excepción de este fenómeno que aqueja a todas estas sociedades americanas, sea por cultura o costumbre de los pueblos, ha cogido fuerza en las últimas décadas.

Razón por la cual se ha introducido a la legislación de Costa Rica, el artículo 346 del Código Penal, que entre otras cosas manifiesta lo siguiente: “...Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en delito más severamente penado: 1) acepte una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo, ante otro funcionario, para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones; 2) utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento por razón de su cargo; 3) admitiere dádivas que le fueren presentadas y ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el cargo...” (CÓDIGO PENAL, modificado por la Ley No. 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública., 2009)

Puede advertirse de este tipo penal que, a comparación del tipo penal peruano, la pena impuesta es menor a la que Perú impone. Así mismo, no existen

conductas generadoras de enriquecimiento que no revistan naturaleza penal (que constituya delitos) por ende, parece que la ley tipifica comportamientos que se asemejan a otros delitos, como el de cohecho o tráfico de influencias. Lo que sanciona, es la recepción de contraprestaciones ofrecidas, en los delitos antes mencionados, lo cual haría que las sanciones no lleguen a castigar a los autores del delito de enriquecimiento ilícito.

1.3.3. Venezuela.

En este país de América del Sur que es eminentemente petrolero por excelencia y donde muchos funcionarios fueron centro de atracción de los escándalos internos de dicho país, como políticos, funcionarios públicos en general, dueños de canales de televisión, radio y prensa escrita que de una u otra manera se beneficiaron de la posición en la que se encontraba, aumentando su patrimonio familiar y económico de manera desproporcionada, es por eso que también en dicho país existen leyes que regula el tipo penal de enriquecimiento ilícito, la Ley contra la Corrupción del 7 de abril de 2003, en su artículo 46, tipifica el delito antes mencionado en los siguientes términos: “...*Incurrir en enriquecimiento ilícito el funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiere justificar requerido y que no constituya otro delito. Para la determinación del enriquecimiento ilícito de las personas sometidas a esta Ley, se tomará en cuenta: 1. La situación patrimonial del investigado. 2. La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios. 3. La ejecución de los actos que revelen la falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento ilícito. 4. Las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con alguno de los entes indicados en el artículo 4 de esta Ley...*” (LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN, 2003)

Este precepto debe ser interpretado junto con el artículo 73 de la misma Ley que establece la sanción penal correspondiente a este tipo penal: “*El funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiere justificar, y que haya sido requerido debidamente para ello y que no constituya otro delito, será sancionado con prisión de tres (3) a diez (10) años. Con la misma pena será sancionada la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado*”. Si bien tipificado en una Ley especial, el caso venezolano no parece alejarse demasiado de nuestro tipo penal de enriquecimiento ilícito –incluso, el límite máximo de la pena es el mismo en nuestro tipo básico-; aunque, claro, puede apreciarse que hace mención al supuesto carácter subsidiario que debe tener este delito al considerar que se aplicará la disposición mientras el hecho no constituya otro delito.

1.3.4. México.

En el continente de América del Norte, se ha dado con mayor asentamiento el fenómeno del Enriquecimiento Ilícito, que casi a la par con los carteles de droga y las mafias de coyoterismo se han incrementado en los últimos cincuenta años, la desigualdad social y las pocas posibilidades de trabajo han conllevado a que grupos de minorías aumenten su capital de manera desproporcionada en su beneficio económico, perjudicando a la gran mayoría, es por estas razones que en la actualidad dicho país cuenta con leyes, como el Código Penal Federal, para pretender sancionar este fenómeno que corrompe a la sociedad mexicana y de otros países y en tales circunstancias nos permitimos citar dicha norma penal:

“...Artículo 224: Se sancionará a quien, con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos con respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Incurrir en responsabilidad penal, así mismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma ley, a sabiendas de esta circunstancia. A el que comete el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrá las siguientes sanciones: Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Cuando el monto que asciende el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrá de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Cuando el monto a que asciende el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrá de dos años a catorce años de prisión, multas de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos...”. (CÓDIGO PENAL FEDERAL , 1931)

1.3.5. Puerto Rico.

Así mismo, en esta gran cruzada de países que han implementado en sus legislaciones penales contra el auge delictivo “Enriquecimiento Ilícito”, en este país donde también funciona la moneda de dólar, ha sufrido este fenómeno, requiriéndose incorporar a sus leyes internas sanciones para este tipo de delito, en

estas legislaciones se consideran a la violación de información confidencial como delito de enriquecimiento ilícito. En este país, el enriquecimiento ilícito describe como la conducta de revelar información obtenida por razón del cargo. Siendo así nos permitimos citar el Artículo 550 y 551 del Código Penal:

“..Artículo 250°.- Todo funcionario o empleado público, ex-funcionario o ex-empleado público que, para beneficio personal o de un tercero, utilice información o datos que sólo haya podido conocer por razón del ejercicio de su cargo, empleo o encomienda, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de tres (3) años. Si la persona obtiene perseguido, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años. El Tribunal también podrá imponer la pena de restitución...”.

“..Artículo 251°.- Todo funcionario o empleado público, ex-funcionario o ex-empleado público que injustificadamente haya enriquecido su patrimonio o el de un tercero, cuando tal enriquecimiento haya ocurrido con posterioridad a la asunción del cargo, empleo o encomienda y hasta cinco (5) años de haber concluido su desempeño, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años. Se entiende que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se haya incrementado en bienes, sino también cuando se hayan cancelado o extinguido obligaciones que lo afectaban. El tercero beneficiado también incurrirá en este delito...”. (CÓDIGO PENAL DE PUERTO RICO, 2012)

1.3.6. Argentina.

Se aprecia dentro del tipo penal del enriquecimiento ilícito, que se extiende la tipificación a la conducta de sujetos que no necesariamente son funcionarios públicos, así cuando este tipo penal menciona a las personas interpuestas, los llamados testaferros, amplia expresamente el círculo de sujetos pasivos, se incorporó formalmente este tipo penal en el Código Penal con el siguiente texto:

“..Art. 268 (2) del Código Penal.- Será reprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas y bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho...”. (CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA. LEY 11.179 , 1984)

Se puede advertir en este tipo penal, que tiene una estructura típica distinta al tipo penal nuestro; en efecto, la acción típica no se concreta propiamente con el enriquecimiento, sino con la no justificación del mismo. Lo cual ha generado críticas fundadas en el sentido de que “no respeta el principio de legalidad, ni el derecho penal de acto, viola el principio de inocencia y desconoce el principio *nemo tenetur*, pilares todos del sistema constitucional penal de un Estado de Derecho; que para ciertos autores esto ya constituiría la inversión de la carga de la prueba en contra del imputado. Esta situación como se ha visto con anterioridad, puede superarse en el caso de nuestro ordenamiento penal, por la estructura distinta del tipo penal de nuestro Código, que ha criterio del suscrito no se trata de una inversión de la carga sino de una distribución equitativa de la misma (actividad probatoria). Ergo como en lo posterior lo vamos a desarrollar en el caso del delito de enriquecimiento ilícito, el sujeto activo como es el servidor público, mantiene cierta información personal y que a diferencia del incremento injustificado de su patrimonio, frente a sus ingresos como servidor, este tiene que justificar la desproporción, aumento sea de bienes, dinero o cancelación de deudas y/o hipotecas, en virtud de la declaración patrimonial jurada que entrego al momento de posesionarse en su cargo.

Por su parte para constatar e ilustrar el siguiente apartado citaremos doctrina argentina, a *Marcelo Sancinetti* quien ha sido crítico de este tipo penal, quien manifiesta extremadamente lo siguiente: “...*el delito de ‘enriquecimiento ilícito de funcionario público’, en su versión del art. 268 (2), C.P., es decir, el configurado por un incremento patrimonial no justificado por el funcionario, no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, viola el principio de inocencia y desconoce el principio ‘nemo tenetur’, pilares todos del sistema constitucional penal de una Estado de Derecho*”. (SANCINETTI, 1994)

1.3.7. Colombia.

Refiriéndonos de igual manera a otros países latinoamericanos, donde verdaderamente ha existido una imperiosa necesidad de incorporar dicha figura de tipo penal “Enriquecimiento Ilícito” por la realidad que vive dicha sociedad, donde se mezcla o confunde el enriquecimiento ilícito y el lavado de activos, es decir para ambos tipos de delito se ha diferenciado sus orígenes dando a cada tipo penal delictuoso sus definiciones, siendo así que hemos recogido lo estatuido en las leyes sustantivas penales que rigen en la hermana patria Colombia, tal como lo determina en su Art. 412 del Código Penal:

“...Artículo 412.- El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del

*valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años*184...” (CODIGO PENAL COLOMBIANO. LEY 599, 2000)

Lo más relevante de este tipo penal como objeto de comparación respecto al nuestro, es el hecho de que expresamente se establezca una relación de subsidiariedad de esta norma penal, respecto a otras (tipos penales): lo que al decir de Molina Arrubla ha convertido en ineficaz e inaplicable en la práctica a esta figura penal. (GALVEZ VILLEGAS T. , 2004)

En la legislación colombiana, también se ha tipificado penalmente el enriquecimiento ilícito o injustificado de particulares, considerando relevante penalmente, todo enriquecimiento proveniente de cualquier delito. En este sentido, el tipo penal colombiano, tal y como está regulado, puede ser objeto de críticas debido a esta disposición expresa y, en efecto, torne en poca práctica su aplicación con lo que el fin o interés detrás de dicha norma penal quedaría vacío de protección.

1.3.8. Perú.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito fue incorporado a nuestra legislación en el año 1981 mediante el Decreto Legislativo N° 121, que introdujo la figura en el Código Penal de 1924 través del artículo 361-A196. Actualmente, su tipificación se encuentra prevista en el artículo 401 del Código Penal de 1991, cuyo texto es el que sigue:

“...Artículo 401.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades y organismos de la administración pública o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita...” (CODIGO PENAL DE PERU. DECRETO LEGISLATIVO N° 635, 1991)

Es a partir del año 2004, cuando se modifica el artículo 401, que se describe la conducta como el “incremento patrimonial ilícito”. De esta modificación podemos extraer una ventaja, puesto que este cambio de término que describe al tipo penal, puede llevar a la interpretación de que se requería un excesivo enriquecimiento en el patrimonio. Por cierto, el problema de la determinación de un monto que pueda considerarse excesivo, ha sido objeto de comentarios en algunos trabajos al respecto, sin embargo, obviar esas consideraciones pues ante montos mínimos podrían operar las teorías de la adecuación social o la del riesgo propuesta por Roxin. (CANCIO MELIÁ, 2001)

Es decir, considerar que, una mínima cantidad que no corresponda con los ingresos legítimos del funcionario público no pondría en riesgo al bien jurídico protegido por la norma penal.

Por otra parte, se incorpora la multa como sanción nuevamente, no solo para el delito de enriquecimiento ilícito, sino para todos los delitos de corrupción en general.

Además, se sigue manteniendo la regla indiciaria, misma que trata de una disposición procesal en referencia a la prueba del delito. La doctrina, interpreta que el incremento patrimonial en el delito de enriquecimiento ilícito, también incluye la disminución de pasivos y no solo incremento de activos. Por otro lado, el indicio no es prueba plena, sino que su naturaleza probatoria dependerá de que se encuentre acreditado a través del conjunto de elementos de pruebas, directas o indirectas, acopiadas. (SAN MARTIN CASTRO, 1999)

1.3.9. Estados Unidos.

Como podremos observar la primera potencia mundial no ha sido la excepción en ser flagelada por este fenómeno conocido como enriquecimiento ilícito pese a que existe, una mejor organización, política de estado contra el crimen, distintas entidades y organismos de control, y en fin una cultura de estricta costumbre en el plano de la contribución y tributar.

Refiriéndonos a los delitos contra la administración pública en dicho país, el Dr. Lloyd Weinrb¹⁶ manifiesta que conceptualmente dichos delitos son una categoría distinta a los demás, por lo que no aparecen de una manera importante dentro del estudio del Derecho Penal Sustantivo. Es necesario anotar que la conducta de los funcionarios es muy importante y llama la atención a la gente. La investigación de corrupción pública y el enjuiciamiento de funcionarios corruptos es dado a conocer de manera amplia a la prensa, donde se puede citar lo sucedido en Watergate bajo el presidente Nixon, cuando se menciona este acontecimiento en la sociedad de Estados Unidos recuerda que está constituida por 50 Estados y

¹⁶ LLOYD L., Weinrb. Criminal Law. 2003

que además del derecho federal cuenta con sus leyes para cada Estado en particular.

Ningún instrumento para prevenir la corrupción en cargos públicos es tan importante o tan efectivo como una prensa libre, garantizada por la Constitución. Los periódicos norteamericanos se enorgullecen de sacar a la luz pública prueba o evidencia de corrupción en cargos públicos, la investigación de mala conducta por parte de funcionarios públicos tiene su historia larga y la palabra especial es repudio a dicho funcionario corrupto; es decir demostrar una acción negativa de una persona deshonesto que nada tiene que ver con el éxito ni lo lícito.

Otras interrogantes surgieron simplemente por el tamaño de la operación del FBI y el hecho de que ella comprendía engaño deliberado. Puede decirse que el FBI incitó los delitos que se cometieron; a pesar de que algún tipo especial de operación era probablemente necesario si alguna vez se iba a condenar a las personas que estaban involucradas en prácticas corruptas, y que el resultado neto de ABSCAM¹⁷ fue probablemente la reducción de las prácticas corruptas en el Congreso, el gobierno corre cierto riesgo si adopta medidas de detención que son en sí mismas, poco honorables. El gobierno no puede basarse muy frecuentemente en el argumento de que el fin justifica los medios sin llamar a que sus propios fines sean cuestionados. La mayoría de los norteamericanos creen que, a fin de cuentas, ABSCAM se justificaba, pero a criterio del suscrito considero que también esas medidas solo deben utilizarse rara vez, únicamente cuando sean genuinamente necesarias y sujetas a controles severos y a que sean dados a conocer totalmente después de culminada.

Debemos de recordar que inclusive en este país, se dio origen en el siglo pasado a una investigación socioeconómica, como la escuela de Chicago y el sociólogo Edwin Sutherland¹⁸, estadounidense creador de la teoría del delito de cuello blanco, donde precisamente el autor material e intelectual de estos delitos, eran los empresarios, evasores de impuestos, gente de clase alta, políticos, entre otros, descubriéndose que este tipo de delitos perjudicaban a las arcas del Estado y por ende sus consecuencias eran nefastas en desmedro de la gran mayoría que conforman una sociedad.

1.3.10. Ecuador.

En nuestro país no existe mayor antecedente de juzgamientos por el delito de enriquecimiento ilícito, por cuanto dicha tipificación tiene sus falencias en su aplicabilidad, también tenemos que mencionar que en nuestro país en las últimas tres décadas ha venido en aumento este fenómeno más conocido como

¹⁷ ABSCAM fue una operación encubierta del FBI, investigación de alto nivel sobre la corrupción pública y el crimen organizado.

¹⁸ <https://www.redalyc.org/jatsRepo/5526/552663274006/html/index.html>

“Enriquecimiento Ilícito”, en lo que respecta a los funcionarios del sector público en general, o a quienes por intermedio de instituciones particulares administren fondos públicos del Estado, esta figura delictual se enmarca mayoritariamente en aquellos funcionarios que se encuentran inmersos en la política y han tenido acceso a fondos públicos, siendo conocidos como “delincuentes de cuello blanco”; por tales antecedentes y para ilustrarnos de lo que antecede cito el delito en mención tipificado en el Art. 279 del código orgánico integral penal:

“...Artículo 279.- Enriquecimiento ilícito.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años. Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones. Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años. Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años...” (CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Registro Oficial N° 180, 2014)

Cabe recordar que nuestra legislación ecuatoriana reformó el código penal, con fecha 10 de febrero de 2014, con la publicación del código orgánico integral penal y como lo hemos indicado la tipificación actualmente, la ubicamos en el libro I en el artículo 279 de la normativa en especie. En él, se establece que el enriquecimiento ilícito se perfecciona cuando un servidor público o cualquiera que actúe en virtud de las potestades estatales, obtengan para sí mismas o un tercero, un incremento patrimonial injustificado. Al referirse el Código a incremento patrimonial, es necesario recalcar que no se trata únicamente del ingreso de activos, sino también, la disminución de pasivos en sus cuentas sin la justificación debida.

De igual forma debe entenderse que la legislación ecuatoriana al mencionar un incremento injustificado, se refiere a que la constitución establece como deber del funcionario realizar la declaración juramentada, por ende levantar el sigilo bancario, por lo que, primero se partirá del contraste entre la declaración hecha al iniciar las funciones y la que se debe realizar al finalizarlas, dentro de la diferencia de activos o pasivos, existirá una cantidad que se justifica en el sueldo del funcionario, ergo lo que pudo haber incremento su patrimonio debido a sus ingresos lícitos sobre el restante, por lo que debe sustentar la diferencia en el en el sueldo percibido, y debe justificarse ese ingreso. Por consiguiente, establecer, por ejemplo, que los activos tienen de diferencia \$100.000 (cien mil dólares de los

Estados Unidos de América); pero, los mismos son producto de una herencia recibida en el mismo periodo.

Debe resaltarse en este punto lo mencionado por Cáceres quién establece que: *“...Para determinar cuál ha sido la conducta de una persona en relación a un determinado hecho, debemos identificar la actitud que asumió o asume frente el ejercicio del cargo, es decir, si su gestión fue controvertida, si durante el ejercicio del cargo o posterior a dejar la función pública se le investigó por acciones o decisiones cuestionadas como uso indebido de su cargo. Estos antecedentes permiten proyectar como una hipótesis de trabajo que la finalidad subrepticia de la decisión mencionada fue la obtención de beneficios económicos para enriquecerse ilícitamente...”* (CACERES, 2017)

De forma subsidiaria de lo indicado en líneas que antecede, el tipo penal establece lo referente a la justificación, por lo que da a entender que es un deber del funcionario realizar la misma. Es decir, en virtud de su cargo debe justificar las diferencias que puedan encontrarse en sus ingresos, porque de no hacerlo, está configurando la comisión del tipo penal. Desde otra óptica, de hacerlo en los tiempos establecidos, esto es, cuando se realizan auditorías por parte de la Contraloría para constatar la transparencia de sus activos, no se estaría violando el derecho de presunción de inocencia o de no autoincriminación, sino que, se está solicitando al mismo sujeto que coadyuve con los elementos que finalizarían el procedimiento, mediante la prueba de descargo en consideración a la distribución de la actividad probatoria que debe mantener toda defensa técnica activa.

Dentro de este mismo análisis, en referencia a la idea de establecer que la fiscalía está actuando con falta de objetividad, pues en lugar de presentar elementos de descargo, los solicita. Sin embargo, el fiscal debe realizar todo lo posible para encontrar los elementos de cargo y descargo, pero, en estos casos, la información necesaria para detener el proceso se encuentra en manos del sujeto activo. Es más, es importante resaltar que nuestro ordenamiento jurídico, tiene coherencia con las normativas supranacionales, como es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, pues este artículo 31.8 se refiere al embargo preventivo, incautación y decomiso producto de los actos de corrupción en aplicación con sujeción al sistema jurídico interno de cada Estado parte.

Por esta razón, es fundamental que se realice un cambio de pensamiento sobre las funciones de la Fiscalía General del Estado y la misma defensa entienda que la fiscalía es una herramienta que ayuda, con objetividad a encontrar la verdad de los sucesos que podrían adecuarse a un tipo penal, y, en caso de hacerlo, iniciará las acciones necesarias para llegar a la correcta administración de justicia por parte del juzgador. Recordando claro, que todo sujeto procesal tiene que estar al servicio de la administración de justicia mediante el principio de buena fe procesal.

De lo que antecede en el presente apartado, esto se traduce en la imposibilidad de que exista inactividad por parte de la fiscalía. A su vez, en el ejercicio de la actividad jurídica, incita a considerar a la defensa como una herramienta coadyuvante a la fiscalía en la obtención de elementos de descargo, puesto que, es a ella a quien corresponde, dentro de un ejercicio técnico, buscar la mejor forma de obtener las pretensiones de su cliente o defendido. En el presente caso, esto implicaría que la defensa colabore con todo elemento que desapegue los hechos, al tipo penal, debiendo indicar que esto no constituye una inversión probatoria sino una defensa técnica activa en razón de una actividad probatoria de descargo que lo hemos explicado en líneas anteriores.

La realidad ecuatoriana considera en muchas ocasiones que una defensa pasiva debe primar en todo momento procesal penal, puesto que se apegan a la insuficiencia de pruebas de la fiscalía. Sin embargo, mantener una defensa activa lleva al fiscal a desvincular inmediatamente al sujeto defendido. La pasividad en las actuaciones no solo ocurre en los momentos procesales y pre procesales llevados a cabo por medio de la fiscalía, sino que, existe una actitud pasiva previa, que se configura cuando no se justifica a contraloría las dudas respecto a la diferencia de ingresos.

Por lo mencionado en el párrafo anterior, es necesario resaltar que existe una corriente de pensamiento actual que se encuentra a favor de brindar un mayor protagonismo a los sujetos procesales dentro del ámbito penal. Recordando que, siempre las actuaciones tienen como fin velar por las pretensiones de los sujetos procesales, en especial de la persecución de la verdad material; por lo que resulta necesario que se distribuya la actividad probatoria de cargo y de descargo de los legítimos contradictores, ayudando así a que el juzgador tenga una gama de elementos más amplia al momento de deliberar y resolver una contienda judicial.

Finalmente, debe mencionarse que las actitudes descritas en la presente sección revelan que el tipo penal de enriquecimiento ilícito se encuentra menoscabado por la falta de evolución de la figura de la defensa y la carencia de ejercicio técnico de la misma, más no de la configuración estructural de la prueba y sus respectivas cargas. Es decir, resulta necesario realizar un cambio de pensamiento y concepción de la defensa para que pueda alcanzarse con mayor eficacia la administración de justicia, especialmente en delitos como el enriquecimiento ilícito.

1.4. La Administración Pública como bien jurídico penalmente tutelado.

La Administración Pública integra dentro del sistema de bienes jurídicos penalmente tutelados, los bienes jurídicos institucionales, esto es, los bienes vinculados al conjunto de procesos y vías que aparecen como necesarias dentro de este, como es de dominio y conocimiento público, toda sociedad para

salvaguardar los intereses o valores considerados más importantes para la propia continuidad de la comunidad y el desarrollo pacífico y armónico de las relaciones intersubjetivas entre los componentes del grupo social, ha generado a lo largo de su avance socio jurídico una serie de mecanismos para la protección de dichos intereses; pasando por mecanismos no formales provenientes de la moral, la educación, la iglesia, los usos, las costumbres y los convencionalismos, entre otros aspectos, hasta llegar a mecanismos de control formalizados integrantes del ordenamiento jurídico nacional e internacional y para ello deben ser protegidos jurídicamente, esto es mediante la coerción estatal, intereses, valores y facultades o prerrogativas, que asumen la calidad de bienes jurídicos.

Estos bienes jurídicos inicialmente se han forjado teniendo una perspectiva netamente individualista y a partir de los llamados derechos subjetivos individuales, hoy integrantes de los llamados "derechos fundamentales de la persona humana", tal como lo prevé la norma constitucional ecuatoriana y las normas Supra nacionales, para luego también tomarse en cuenta intereses y valores supraindividuales o intereses públicos de toda la sociedad o del Estado. Ahora bien, si hablamos de los derechos fundamentales, debemos indicar que los mismos se dieron con el auge de las revoluciones burguesas del ciclo XVIII, la revolución francesa y la americana, hasta la segunda guerra mundial.

En la Revolución Francesa, se combinó la doctrina individualista y el Estatalismo, indicando que el primero ve como sujeto de derechos al individuo y en la segunda concepción, el Estado crea y tutela de los derechos y libertades de los individuos, por ello la revolución otorga derechos a todos los individuos, eliminando los privilegios de algunas clases sociales. Y, contra los privilegios se afirma la autoridad del legislador soberano (pueblo), que con el instrumento de la ley hace posible los derechos en sentido individual, y al mismo tiempo hace posible la representación de la unidad del pueblo, lo que fue concretado tal como aparece en "La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789".¹⁹

Ahora bien, volviendo al punto de los bienes jurídicos tutelados, debemos hacer una clasificación, pues si bien es cierto estos bienes no gozan de una protección de la misma intensidad de parte del ordenamiento jurídico.

Así, existen bienes jurídicos que no trascienden la esfera particular o individual, cuya lesión implica también un ataque a un interés particular, y por

¹⁹ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789, y en su preámbulo reconoce que "la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de los hombres son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos" y agrega que tales derechos son naturales, inalienables y sagrados en un explícito reconocimiento de la concepción iusnaturalista de sus autores.
https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

tanto son protegidos por una norma proveniente del derecho privado por citarlo así, tal es el caso de los bienes o intereses sujetos a la responsabilidad civil. Luego, los delitos que no son de naturaleza individual, no lo serían tanto si se define el peligro como la vulneración o afectación a las condiciones de seguridad del bien jurídico o se produce una lesión a los bienes jurídicos para el desarrollo de la persona en la sociedad y para la existencia misma de la sociedad en el marco de un Estado de Derechos, en cualquiera de los casos, la protección de estos intereses es legítima y constitucional.

A la par hay otros bienes, que si bien es cierto son de una connotación pública o general, su protección se ha encargado al derecho administrativo sancionador o sancionatorio, por considerarse que la afectación de los mismos no es de tanta gravedad, por lo que no entraña la imposición de una pena al agente de dicha afectación que merezca reproche penal, sino que estos son los bienes sujetos a las sanciones administrativas o disciplinarias.

Para ilustrar lo indicado haremos una breve analogía, entre que la afectación de un bien social no tan importante frente a uno de mayor relevancia, tal como lo citaríamos en la casuística: en el primer supuesto, el mal uso de un vehículo del Estado para uso particular, así como también la sustracción o hurto de una pequeña cantidad de suministros asignados a una institución del Estado. En el segundo supuesto, la afectación de gravedad o mayor connotación social a un bien jurídico protegido, podremos mencionar un acto de corrupción de cohecho en licitaciones millonarias en la contratación pública de obras para el Estado.

Desde otra perspectiva, existen otros bienes jurídicos más trascendentes que tienen que ver con los intereses públicos superiores que la comunidad en su conjunto y el Estado en su representación tienen especial interés en protegerlos, éstos son los bienes jurídicos penalmente tutelados, es decir aquéllos cuya protección se realiza con el mecanismo más grave o más intenso de todo el ordenamiento jurídico, como es la imposición de la pena, cuya afectación entraña la responsabilidad penal del agente; la protección de estos bienes incluso se adelanta o se intensifica de tal modo que se sanciona no sólo la afectación a través de una lesión efectiva, sino que se protege de la simple puesta en peligro; además, se protege las acciones o conductas consumadas, tal como lo prevé nuestra normativa ecuatoriana en el código orgánico integral penal.

Para lo ilustrar doctrinariamente lo mencionada en líneas anteriores, citaremos la teoría propuesta por Schünemann y difundida por autores como *Jakobs*, misma que consistiría en lo siguiente: “...*Se parte de que los citados bienes jurídicos colectivos son inmateriales, por lo que es preciso recurrir a otro bien jurídico que los represente en un plano menor abstracto. Ese bien jurídico*

intermedio o inmediato resultaría lesionado con la mera realización de la conducta subsumible en el tipo, lo que fundamentaría por sí solo un injusto específico merecedor de pena...". (JAKOBS G. , 1995)

En base a la propuesta de la naturaleza de los bienes jurídicos supraindividuales y a la consideración de la protección de éstos, analizaremos el caso de la Administración Pública como bien jurídico supraindividual, indicando que la misma es un ente que tiene funciones que deben ser cumplidas por instituciones u órganos del Estado. Por tanto, los legisladores deben proteger este bien jurídico, desde distintas dimensiones y se debe de considerar una serie de intereses específicamente protegidos por cada tipo penal, más aún que el incumplimiento de sus funciones por parte del sujeto activo, conllevaría a perjudicar los derechos colectivos de la ciudadanía, afectando a la economía de un Estado.

Habiendo aclarado ciertas dimensiones de interés nacional y no como afectación de cada servidor público, ahora si podremos inferir que los bienes jurídicos penalmente tutelados integrantes de los derechos fundamentales de la persona y que forman la base de existencia del sistema, que sin ellos no es posible la existencia de ningún sistema social integrados por la vida, la integridad física, la libertad, el honor, el patrimonio, etc.; se suman los que están en conexión con el funcionamiento del sistema, que son aquellos que inciden en la creación de las condiciones indispensables para que se den las bases de la existencia de los primeros, se trata del medio ambiente, la libre competencia, etc.; y también los bienes que forjan las condiciones para la interrelación de los integrantes de la sociedad, siendo el caso de la fe pública, la administración de justicia, la administración pública y los demás bienes jurídicos denominados institucionales. Teniendo que considerar que estos bienes relativos al funcionamiento del sistema, hacen posible la real y efectiva vigencia de todos los bienes jurídicos en general, tienen una connotación macro o supraindividual y como reiteramos, generan las vías de relación entre los diferentes bienes jurídicos.

Ahora bien, algunos bienes jurídicos institucionales están vinculados a las relaciones intersubjetivas entre particulares, tal es el caso de la fe pública, pero si nos referimos a la Administración Pública o a la Administración de Justicia, necesariamente estamos haciendo referencia a las relaciones entre el Estado y los miembros de la sociedad, así como a las relaciones entre el Estado y las entidades u órganos del mismo Estado y a las relaciones entre las distintas entidades estatales, por lo que la Administración Pública tiene particulares características en cuanto al bien jurídico; pues en su tratamiento y concreción real se tendrá que tomar en cuenta todos los principios y normas del Derecho Público.

El jurista *Roland Hefendehl*, identifica a los bienes colectivos, como: “...Los

bienes jurídicos colectivos son omnipresentes tanto en el Derecho penal nuclear como en el accesorio (Nebenstrafrecht). Comprenden la seguridad del Estado o del tráfico monetario, así como, por ejemplo, la potestad estatal sobre cosas. El dato de que siempre deban servir a la generalidad no basta como criterio exclusivo para determinar su estructura y sistematización. Semejante objeto de examen sería demasiado heterogéneo para poder comprobarse como tal de forma unitaria; o dicho de forma más drástica: simplemente no cabría designar ningún bien jurídico colectivo que no presentara una relación con la generalidad...". (HEFENDEHL, 2007)

Desde el punto de vista de *Hefendehl*, los bienes jurídicos colectivos, no deben ser negados a nadie, y el disfrute de una persona no puede perjudicar a otra. En razón de lo expresado por el autor: *"...Para delimitar los derechos individuales de los bienes colectivos se destaca, además el concepto de no-distributividad (Nicht-Distributivität). Conforme a él, un bien será colectivo si es conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignárselas a los individuos como porciones. (...) el bien jurídico colectivo es vulnerable frente a un consumo contrario al ordenamiento y, por tanto, puede ser reducido o destruido. En cambio, es posible que el consumo conforme al ordenamiento deje intacto al bien jurídico colectivo..."*.

Para nutrir el acervo del conocimiento y mantener clara la línea del pensamiento en el injusto penal en estudio, mencionaremos lo que expresa *Silvio Ranieri*, quien considera que los delitos de cuello blanco atentan contra la administración pública, pues estos impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones. (RANIERI, 1975)

De lo indicado en líneas que anteceden en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el código orgánico integral penal encontramos el tipo de reproche penal de enriquecimiento ilícito, ubicado en la sección tercera del Capítulo V que habla sobre los delitos contra la eficiente administración pública, donde se puede colegir que este sólo se ocupa de las acciones realizadas dentro de lo que suele llamarse la rama administrativa, en verdad los tipos legales aquí previstos se refieren a cualquiera de las ramas del poder público.

Como sabido es, el delito de enriquecimiento ilícito es considerado según la doctrina como un delito residual, ya que en ciertos casos se perfecciona en actos de corrupción previos como cohecho, peculado, concusión, teniendo como fin, recopilar e incrementar fraudulentamente el patrimonio y es en estos casos que la justicia puede detectar por intermedio del delito de enriquecimiento ilícito cometido por un servidor público.

Ubicándonos en la legislación ecuatoriana, nuestra normativa establece que

todo servidor y/o funcionario público debe de estar sometido al imperio constitucional, es decir en razón del cargo que ostenta y en base a la declaración patrimonial jurada que incluirá los activos y pasivos, donde se levanta el sigilo bancario previa a la posesión del cargo del referido servidor, y le corresponde a la Contraloría General del Estado emitir un informe haciendo las observaciones de indicios de responsabilidad penal o administrativa del sujeto activo, tal como lo prevé el artículo 65 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado.

Con los requerimientos que antecede en el párrafo en alusión se procederá en el evento de encontrar indicios de responsabilidad de carácter penal, por el injusto de enriquecimiento ilícito a la Fiscalía General del Estado para la respectiva investigación de carácter preprocesal, no sin antes establecer que como requisito de procedibilidad se requiere el referido examen emitido por la Contraloría para poder activar la pretensión punitiva por el órgano persecutor, tal como lo preceptúa el artículo 581 del COIP, normativa en especie de estudio.

Para mayor ilustración es importante, hacer una breve explicación de lo que enunciamos en líneas anteriores, y por ello lo hemos segmentado de la siguiente forma:

En primer punto debe analizarse la interrogante de *¿A quién debe de atribuirse el supuesto de enriquecerse ilícitamente?*, cuestionada por algunos autores. Para ello de manera breve vamos a referirnos a dos posturas bien marcadas al menos en nuestra legislación ecuatoriana:

1. En la normativa penal, se prevé que las personas naturales, pueden adecuar su conducta o tipicidad como sujeto activo frente a la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, tal como lo prevé el artículo 42 del COIP en calidad de autor, misma que se subdivide en: autoría directa, mediata y coautoría; sin perjuicio de que al tipo penal en estudio solo le corresponda la autoría directa y no por interpuesta persona, es decir, afecta únicamente a quien infringe el deber especial, que en este caso es el servidor público y no terceros partícipes. Teniendo que resaltar que nuestra legislación, guarda similitud con la de algunos países de Latinoamérica, misma que tiene inserta la dicción “para sí” donde el legislador fue categórico al atribuir al sujeto activo el tipo penal de enriquecerse ilícitamente en función de su cargo, donde se refleje el incremento de su patrimonio, que sea real y probable. Pero así mismo, al decir del tipo penal en alusión, también tiene un alcance a terceros, como textualmente lo establece nuestra normativa, en este caso hablamos de varios tipos de autores que se subsumen en el delito de enriquecimiento ilícito.
2. La segunda postura e interpretando lo establecido en el primer inciso de nuestra normativa penal en su artículo 279 del COIP, tiene como verbo

rector “*mediante persona interpuesta*” es aquí donde consideramos que el legislador al plasmar que se trata de personas, estas pueden ser consideradas no solo naturales sino también jurídicas, sin que deje de existir autoría del funcionario, recalcando que el incremento patrimonial puede ocurrir en cualquier patrimonio dentro de la esfera de la economía, habiendo otros elementos como la contabilidad, el capital en movimiento, los bienes, las tributaciones al Servicio de Rentas Internas, aranceles aduaneros, y entre otros aspectos propios del manejo de una empresa privada, donde se tendrá que ver el historial económico y crediticio, en sí y el de su patrimonio, siempre que se vinculen con instituciones del Estado, mediante contratistas, intermediarios, fiscalizadores, proveedores de insumos, o cualquier tipo de comisión técnica que en razón de ello se beneficie dicha personería jurídica, en perjuicio del Estado, situación que puede encuadrar a estas terceras personas en el cometimiento de enriquecimiento privado no justificado, que no es materia del presente estudio, y que puede afectar también a personas jurídicas tomando en consideración que nuestra legislación ecuatoriana en su artículo 49 de la norma en especie, prevé la responsabilidad de las personas jurídicas, e inclusive en la normativa no penal, en su artículo 564 del Código Civil ecuatoriano establece la definición de lo que es la persona jurídica dentro de la esfera judicial.

Postura del suscrito que se identifica con la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, que establece la comparación en dos momentos distintos para un mejor estudio, teniendo que aclarar que nos adherimos a tal distinción por cuanto una cosa es el sujeto activo del delito, y otra el sujeto destinatario o quien recibe tal incremento o beneficio de carácter patrimonial. En cuanto al enriquecimiento fraudulento por parte de servidores públicos que es el tema céntrico de la presente investigación, es menester recalcar que el esclarecimiento relacionado con el aumento injustificado es una obligación establecida en el imperio constitucional ecuatoriano de toda persona que ostenta esa especial condición de servidor y/o funcionario público, tal como lo establece el artículo 231 de la Constitución de la Republica del Ecuador²⁰.

Revisando desde la perspectiva constitucional, en el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador se indica: “...*que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados*

²⁰ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 231.- Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos.

o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas...”. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008)

La primera parte de este texto constitucional se refiere a la separación de las ramas del poder público y la segunda, a la unidad del Estado en sus distintas manifestaciones. Por ello, aun cuando en el derecho administrativo, la administración comprende solo la llamada rama ejecutiva del poder público con el presidente de la República como Jefe de Estado, en derecho penal, el concepto es mucho más amplio y comprende como ya lo indicamos las distintas manifestaciones del poder estatal, cuyo sujeto activo es el servidor público y/o funcionario.

En efecto, algunas de las acciones descritas en este título, por ejemplo, el prevaricato o el cohecho, que si bien es cierto pertenecen al capítulo de los delitos contra la eficiente Administración Pública, estos pueden ser realizados por personas que pertenezcan indistintamente a las ramas ejecutiva o jurisdiccional, e incluso, a la legislativa. En términos generales, las normas de este título comprenden tipos legales de sujeto activo calificado, como quiera que en principio, sólo pueden ser realizados por quienes tengan la categoría jurídica de empleados oficiales y dentro del tipo penal en estudio, como es el enriquecimiento ilícito, en este tiene cierta particularidad, en razón que es considerado un delito tipo residual (producto de otros delitos y de incrementar injustificadamente su patrimonio), a diferencia de otros delitos que se pueden dar en razón de un acto recíproco o doble vía y en algunos casos de manera flagrante.

1.5. Cuestiones de política criminal relativas al delito de enriquecimiento ilícito y principios reguladores del control penal.

Como se sabe, la facultad de determinar conductas delictivas y de imponer la correspondiente pena al sujeto activo de las mismas, se denomina el ejercicio del *lus Puniendi estatal*, puede desarrollarse de modo legítimo, únicamente dentro ciertos parámetros, criterios rectores o principios que lo regulen; estos principios a su vez deben estar contenidos concretamente en la norma fundamental de la normativa jurídica, así como también en las demás normas de menor jerarquía que los desarrollan y explican, o también estar determinados en cuanto a su contenido y alcance por las opiniones notorias de la doctrina y las decisiones de la jurisprudencia.

En este sentido, el Derecho Penal se desenvuelve en el marco de los principios y criterios rectores (*mediating principles*), legalidad, taxatividad, proporcionalidad- respecto a la intensidad de la sanción penal y a la restricción de la libertad de actuación de las personas-, subsidiaridad, exclusiva protección de bienes jurídicos, derecho penal de actos, principio de mínima intervención penal-última ratio, en tanto que no todas las conductas merecen la intervención penal-, etc. A la vez que el Derecho Procesal se presenta en los principios del debido proceso, presunción de inocencia, prohibición de autoincriminación, entre otros, mismos que erróneamente son considerados como protectores de los valores morales y éticos.

Pues estos principios, como lo indicó *Acosta*, son una especie de norma de carácter específico, que su principal característica es que son de estructura abierta basada en un sustento teleológico, de lo cual se convertirían en normas fundamentales, es decir que los preceptos legales y los precedentes jurisprudenciales (decisiones tomadas por los jueces y demás órganos de administración de justicia), son fuentes de derecho que tienen su origen en los principios. (ACOSTA, 2013)

Con la criminalización de las conductas configurativas del delito de enriquecimiento ilícito, determinados sectores de la doctrina, especialmente argentina y colombiana, han venido sosteniendo que se lesiona la vigencia efectiva de estos principios, tanto en el orden material, así como procesal. Pues, se sostiene que no existe la posibilidad de elaborar un tipo penal cuya conducta típica quede debidamente determinada, y que únicamente se recurre a un tipo subsidiario en el mismo que no se precisa propiamente el hecho delictivo, sino que se incrimina la conducta del agente a partir del resultado o efecto de un hecho o acción que no se conoce ni se precisa en el tipo penal.

En el caso que nos ocupa, del delito de enriquecimiento ilícito, la conducta delictiva sería "*enriquecerse*" no es una acción penalmente relevante, sino la consecuencia o resultado de un hecho previo, esto es ser servidor público y/o enriquecerse con dinero del Estado, que sería el relevante penalmente. Siendo así se faltaría a la concepción actual de que el derecho penal actúa únicamente frente a actos y no meras sospechas o condiciones subjetivas de la persona.

Sin embargo, y pese a la validez de estas críticas, cuyo acierto no puede soslayarse, es de tener presente como lo refiere *Silva Sánchez*: "...que en la actualidad, pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar consideraciones político-criminales en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías ... resulta muy difícil negar que todo el Derecho Penal nace precisamente de exigencias de política

criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia en sociedad...".
(SANCHEZ, 1999)

En este sentido y dada la proliferación de las conductas delictivas vinculadas a la corrupción de funcionarios públicos (delitos de cuello blanco) y al surgimiento de inmensas fortunas amasadas por inescrupulosos funcionarios estatales y sus testaferros, que inclusive han llegado a desestabilizar la economía de los países, se genera la disyuntiva, en la comunidad jurídica y en el legislador respecto a optar por el reconocimiento de la imposibilidad de crear un tipo penal a partir del "*enriquecimiento*" anotado, dada la rigurosa e inflexible concepción de los principios jurídico penales o si se opta por el reconocimiento de la necesidad de la flexibilización de categorías y relativización de principios jurídico penales, de tal forma que puedan tipificarse penalmente estas conductas.

Siendo la tendencia, optar por que se tiene que armonizar la vigencia de los derechos fundamentales de la persona y las garantías correspondientes, con criterios de política criminal orientados por la necesidad de protección de los bienes jurídicos de la sociedad, cuya mayor expectativa es depositada en el derecho penal.

Pues si bien es cierto, la tipificación penal de una conducta, con la estructura del delito de enriquecimiento ilícito, no se ajusta completamente a las formulaciones teóricas clásicas, que han sido elaboradas fundamentalmente teniendo como modelo al delito de homicidio, sí resulta legítimo abordar este tipo de delitos con una concepción más amplia y flexibilizada de las categorías penales y específicamente de las instituciones integrantes de la teoría del delito.

Pues como indica *Silva Sánchez*, refiriéndose a la dogmática del derecho penal de la globalización, dentro de cuyo ámbito podríamos ubicar a los delitos de corrupción, éstos delitos deberán enmarcarse dentro de un derecho penal que: asigne menos garantías, por el enorme potencial peligroso que contiene; presentaría un manifiesto abandono del mandato de determinación de los tipos; y mostraría dificultades para rechazar figuras que implican una presunción de culpabilidad.
(SANCHEZ, 1999)

De igual forma, el doctor *Yván Montoya Vivanco*, indica que, en el delito de enriquecimiento ilícito, el bien jurídico protegido "*está constituido por los principios de probidad, transparencia y veracidad en el ejercicio de la función pública*", por tanto, estos principios rectores de la administración pública, deben ser respetados y practicados por los servidores públicos en el ejercicio de su cargo.
(MONTROYA VIVANCO, 2012)

Así mismo podemos indicar que estos aspectos o elementos relevantes de la Administración Pública que integran los verdaderos objetos de tutela de las normas penales en concreto, retomaremos lo manifestado por el autor Dr. *Fidel Rojas Vargas* quien indica que estarían dados por: 1) Ejercicio de funciones y servicios públicos; 2) Regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio; 3) Prestigio y dignidad de la función; 4) Probidad y honradez de sus agentes; 5) La observancia de los deberes del cargo o empleo; 6) Protección del patrimonio público, de los símbolos y distintivos estatales. (ROJAS VARGAS F. , 2001)

Por lo que serán estos componentes de la Administración Pública los que deberán tenerse en cuenta como objetos de tutela o como bienes jurídicos específicos de cada una de las normas penales; sea que se afecten en forma singular o conjuntamente, pero debemos tomar en consideración que dichos componentes son sólo elementos o aspectos de la Administración Pública en general, a la misma que se tendrá como bien jurídico o concerniente categorial; y aun cuando la conducta delictiva lesione singularmente sólo a uno de éstos, será la Administración Pública la que se vea afectada de manera directa, pues se afectará su correcto funcionamiento y la eficacia de la función o servicio que está encargada de desarrollar, y dicho sea de paso también la propia organización de la misma, lo que en definitiva redundará en la afectación a la función o al servicio público, considerando que esto causa un perjuicio a la sociedad, por el mal manejo de la cosa pública y por la desproporción o ambición del sujeto activo, a quien ubicamos como el servidor público que incumple su rol como tal.

1.6. Principios y obligaciones del servidor público.

Luego de lo que hemos explicado en líneas anteriores, podemos indicar que la Administración Pública integra dentro del sistema de bienes jurídicos penalmente tutelados, los bienes jurídicos institucionales, esto es, los bienes vinculados al conjunto de procesos y vías que aparecen como necesarias dentro del sistema para que los sujetos puedan interrelacionarse entendiéndose como sujetos en interrelación no sólo a los individuos, sino a todo sujeto de derecho o centro de imputación de derechos y obligaciones, como los individuos o personas en particular, las entidades o instituciones dotadas de personería jurídicas privadas y públicas, así como el propio Estado en cuanto ente con personería y representante de la sociedad en su conjunto, tal como lo prevé el artículo 49 y 50 del código orgánico integral penal, que trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas²¹.

²¹Código orgánico integral penal (2014). Artículo 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una

De lo expresado en líneas que antecede, podemos referirnos a la Administración Pública o a la Administración de Justicia, donde haremos referencia a las relaciones entre el Estado y los miembros de la sociedad, así como a las relaciones entre el Estado y las entidades u órganos del mismo Estado, y a las relaciones entre las distintas entidades estatales, por lo que la Administración Pública tiene particulares características en cuanto al bien jurídico; pues en su tratamiento y concreción real se tendrá que tomar en cuenta todos los principios y normas del Derecho Público.

Así mismo, el derecho penal de última ratio, en delitos donde el bien jurídico protegido es la Administración Pública, deja que sean sometidos en su mayoría a los mecanismos de protección del derecho administrativo y también del derecho civil; habiendo surgido incluso la interrogante de si es necesario recurrir al Derecho Penal para proteger realmente a la Administración Pública o si son suficientes los mecanismos extrapenales, especialmente el derecho administrativo sancionador o disciplinario.

De lo indicado debemos tener en cuenta que este derecho penal no es rehabilitador para que las personas eviten cometer delitos o de componer procesos de lesividad material, no obstante, nos parece que se justifica plenamente acudir al derecho penal como recurso de protección de la Eficiente Administración Pública, pues aun cuando en determinados casos será suficiente el recurso a las sanciones disciplinarias propias del Derecho Administrativo o el sistema de responsabilidad del Derecho Civil, en los casos especialmente graves, el cumplimiento de la pena, desempeñaría un fin preventivo, que es precisamente la misión fundamental de la pena y del Derecho penal en sí.

Por otro lado, si bien es cierto el artículo 22 de nuestra normativa penal ecuatoriana, establece que las conductas penalmente relevantes que son las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables, teniendo que indicar que para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. En los delitos vinculados a la Administración Pública como los delitos de concusión, peculado, cohecho *enriquecimiento ilícito*, tráfico de influencias y en sí los injustos penales de corrupción, los que han adoptado formas organizativas no tradicionales en su

actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. Código orgánico integral penal (2014). Artículo 50.- Concurrencia de la responsabilidad penal.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento.

perpetración, lo que a la vez viene propiciando el reclamo de la expansión del Derecho Penal, para extender sus dominios hacia áreas en que no se concebía la intervención del control penal.

Para el jurista *Javier Gómez*, quien relataba que para Roxin, no es el quebrantamiento de la ética del funcionario en general lo relevante penalmente, sino la vulneración de un específico deber, consecuentemente, la honradez y probidad de los funcionarios o agentes de la Administración por sí solas no podrán tenerse como referentes u objetos de protección de las normas jurídico penales, relativas a los delitos contra la Administración Pública, y en general de cualquier norma de naturaleza penal, pudiendo ser tomadas en cuenta únicamente para graduar el reproche penal, más no así para determinar el bien jurídico. (GOMEZ TRELLES, 2002)

En ese mismo lineamiento indicaremos que distinto será que la falta de honradez y probidad del funcionario o servidor público, o lo que es lo mismo, que estos agentes incumplan con el deber de honradez y probidad exigidos por la función Pública, y que como consecuencia de esto se afecte la funcionalidad de la administración pública, en cuyo caso la honradez y la probidad del funcionario no son los objetos de protección o bien jurídica afectado por la conducta del agente, sino la forma cómo se ha afectado a la administración, permaneciendo siempre como objeto de tutela de la norma penal, la funcionalidad de la administración.

Haciendo una definición de servicio público, podemos decir que se puede entender como una actividad de la administración pública, misma que puede ser asegurada, reglada y controlada por la normativa jurídica del país.

Por tanto en Ecuador, es importante señalar que los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía y transparencia, promulgados en la CRE (2008)²², deben ser cumplidos a cabalidad por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, pues esta misma carta magna indica que ninguno de ellos quedará exento de responsabilidades por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones; por tanto el constituyente configura el carácter ontológico de las servidoras y servidores públicos, puesto que ellos tienen la obligación *prima facie* de aplicar de manera directa la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a los derechos, aunque las partes no las invoquen expresamente, es decir serán progresivos y no regresivos, al tenor del artículo 11 numeral 8 de la CRE²³.

²² Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

²³ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 11. 8: Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los

Para garantizar la eficacia de los derechos y garantías constitucionales, se establece que los servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Mismos principios que están nuevamente recogidos en la ley del servicio público como en su reglamento, y que su incumplimiento acarrea sanción administrativa, y como lo hemos explicado en este acápite puede ser sancionado penalmente.

Uno de los retos fundamentales de los servidores públicos, es el cumplimiento del Estado con las obligaciones internacionales y el respeto a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, lo que es llamado como “*debida diligencia de los servidores públicos*”.

Por tanto, podemos citar a *Fidel Rojas Vargas*, mismo que manifestó: “...*Servicio Público es toda acción o prestación actual concreta (a diferencia del carácter abstracto y general de la función) realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción puntual de necesidades colectivas...*”. Corriente doctrinaria que el suscrito comparte en cuanto si bien es cierto los poderes públicos como instituciones no poseen dignidad, las personas que ostentan dichos cargos públicos, si pueden poseer esa cualidad, ya que deberían asumir sus funciones con respeto a su buen funcionamiento y a la oportunidad de haberle confiado administrar los bienes del Estado. (ROJAS VARGAS F. , 2001)

Otro aspecto importante en relación a la eficiente administración pública y del rol de quienes están designados a cumplir esta función, es que se ha legislado en el mundo a efectos de que exista una uniformidad de criterios basados en la ética, y otros principios que deben de imperar en el servidor público tal como lo indica lo resuelto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²⁴ misma que establece en su artículo 8 respecto a los códigos de conducta y probidad de los funcionarios públicos, por tanto soy de la firme convención que los Estados parte al unísono definan posiciones tanto desde el aspecto preventivo como represivo y disuasivo para enfrentar a este mal llamado corrupción, de acuerdo a la normativa interna de cada país.

Otro aspecto vital respecto a la legislación nacional y comparada donde

derechos.

²⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004). Artículo 8. Códigos de conducta para funcionarios públicos 1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos. 2. En particular, cada Estado Parte procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.

podremos realizar un breve análisis a la normativa creada para que se plasme las buenas intenciones de los organismos internacionales en búsqueda de contrarrestar el delito de enriquecimiento ilícito producto del mal manejo o del abuso de la facultad del servidor y/o funcionario público. Así tenemos por ejemplo en el imperio constitucional ecuatoriano creado por la Asamblea Constituyente de Montecristi en el año 2008, un capítulo en relación a la administración pública, esclareciendo en su artículo 228²⁵ en lo referente a la incorporación a la carrera del servicio público, no sin antes advertir que la inobservancia de los principios acarrea consecuencias como la destitución de la autoridad nominadora, que es materia de estudio en el presente acápite, todo aquello previsto en el capítulo séptimo sección segunda de la normativa constitucional en alusión.

Para concluir el presente apartado, dentro del ordenamiento jurídico interno debe legislarse guardando armonía con el espíritu de la constitución y los tratados internacionales, con respecto a las funciones de los servidores y/o funcionarios públicos, en razón de las necesidades de las instituciones del Estado en vista de la exigencia imperante en cada sociedad, por cuanto se requería una urgente intervención por parte de la legislatura a efectos de regular la parte procesal o adjetiva con respecto a dichas funciones.

²⁵ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

2.1.- Delito de enriquecimiento ilícito y/o residual.

El Enriquecimiento ilícito, proviene del vocablo latino *illicitus*, que significa ilícito; esto quiere decir, que no está permitido legalmente, por lo tanto, está prohibido y es un acto contrario a derecho, es decir que se convierte en delito; el enriquecimiento ilícito es un concepto que hace referencia al acto de enriquecerse de forma fácil por medios contrarios a las normas jurídicas.

Por enriquecimiento ilícito entendemos el incremento ilegítimo en el patrimonio y/o la disminución repentina del pago de deudas de un servidor público. Esta ilegítima procedencia y este ilegítimo y excesivo incremento implican a la corrupción como fuente y origen de los bienes de que se trate; por ello la importancia de los bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

Es importante definir a la corrupción (privada o pública), siendo la segunda corrupción la más grave, pues compromete los bienes públicos protegidos por la norma y el Estado, afectando a toda la comunidad, cuando nos referimos a la errónea toma de decisiones, esta es la llamada corrupción política, desde otra perspectiva tenemos la corrupción administrativa, la cual daña pilares sobre los que está construida la administración pública.

Tenemos que considerar que en el fenómeno de la corrupción, aquellos quienes están llamados a proteger la administración pública, son los servidores públicos, mismos que en ciertos casos vulneran la normativa, quienes en rol de garante, al haber jurado al tomar sus cargos que iban a ejercerlos con honradez, probidad y demás principios rectores de la Administración Pública, y a quienes la sociedad ha confiado la dirección y operación de las funciones públicas, son los sujetos activos del delito de especial gravedad, como el delito de enriquecimiento ilícito materia de estudio en especie, pues estos delitos conforman el espectro negativo de la sociedad, que es la corrupción.

Desde una perspectiva general, el jurista mexicano *José López*, definió la corrupción como: *“...la violación de una obligación por parte de alguien con capacidad de decisión, para obtener un beneficio individual que no se deriva funcionalmente de la posición que ocupa. Como se desprende de esta definición, formas de corrupción pueden tener lugar en cualquier esfera de la sociedad, así sea pública o privada: en prácticas académicas, deportivas, religiosas, etcétera...”*. (LOPEZ PRESA, 1998)

Para determinar de manera clara este acápite en lo que respecta a las fuentes del enriquecimiento, se torna importante analizar dos aspectos vitales: **a)** respecto

al incremento lícito que podría traducirse en una donación, juegos de azar, premio mayor de lotería, herencia, compra y venta de bien inmueble donde existan ganancias por la plusvalía (debidamente justificados), en estos ejemplos no tendríamos que activar el órgano punitivo en razón que no existen los elementos de un delito. **b)** respecto al incremento ilícito y/o injustificado, este punto es importante por cuanto previo a cualquier procesamiento el órgano de control (Contraloría General del Estado), quien previamente analizará la conducta del sujeto activo, debiendo de resaltar que al hablar de conducta esto se refleja en las cuentas canceladas, incremento económico, pago de deudas, aumento de patrimonio, todas estas actividades tienen como características sine qua non no poder justificar dichas actividades, mismas que se contrastan con el ingreso lícito (sueldo) del servidor público, en este supuesto si se activa el órgano punitivo y por ende la persecución penal.

En principio el enriquecimiento en general, tendrá variedad de fuentes y/u origen, pero para efectos en la esfera penal como lo indicamos en líneas que anteceden en la materia de estudio no nos interesa analizar todas las fuentes de enriquecimiento; sino las que adecuan al tipo penal en cuestión, para ellos entraremos de manera breve a recurrir a la doctrina comparada respecto al enriquecimiento cuyo origen deriva de un acto ilícito o punible. Al respecto los juristas *Fernando Ángeles Gonzales y Manuel Frisancho Aparicio*, descartan que el enriquecimiento ilícito pudiera tener su origen en delitos comunes, pero admiten que este pueda prevenir de los delitos de Administración Pública. (ANGELES GONZALES, 1997)

Criterio que compartimos tal como lo hemos explicado en el presente apartado de estudios; sin embargo para ilustrar esta línea de pensamiento en contraposición de lo indicado, por los juristas antes mencionados, citaremos a los juristas *Portocarrero y Prado Saldarriaga*, quienes descartan que el enriquecimiento tuviese como fuente u origen los delitos contra la Administración Pública, como peculado, cohecho pasivo, colusión ilegal, concusión, etcétera, pero no descartan expresamente la posibilidad de que el enriquecimiento pudiese tener su fuente en los delitos comunes. (PORTOCARRERO HIDALGO, 1996). (PRADO SALDARRIAGA, 1997)

En relación al pensamiento de los autores *Portocarrero y Prado* debo de resaltar que dicho criterio el suscrito no lo comparte, en razón de lo sustentado a lo largo del contenido de la presente obra, pues el verbo nuclear del tipo penal en estudio (enriquecimiento ilícito), es el incremento injustificado producto de su función como servidor público o por interpuesta persona, o haber cancelado deudas o extinguido obligaciones, según la legislación penal ecuatoriana en su Artículo 279²⁶.

²⁶ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 279.- Enriquecimiento ilícito.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento

Así el enriquecimiento ilícito, es un delito residual, por cuanto es reflejo del cohecho y otros injustos penales relacionados con la corrupción. Principalmente, podemos definir al delito de enriquecimiento ilícito, como el aumento injustificado en el patrimonio de algunos servidores públicos corruptos, producto de las dádivas y aprovechamientos ilegales que obtienen por su deshonestidad en sus cargos, mismo delito de segundo grado o mediato, no es entonces, *per se*, corrupción el enriquecimiento ilícito, sino efecto de ésta.

Siendo así, los delitos contra la Eficiente Administración Pública protegerán en general, la regularidad y continuidad del desarrollo de la función pública, misma que se puede ver afectada por el incumplimiento de los deberes y obligaciones de parte de los encargados del ejercicio de la función pública o por conductas dolosas de éstos. Finalmente, también se protege el principio de autoridad que debe regir entre la administración y los administrados, cuya afectación que de manera concluyente también repercute en el indebido ejercicio de la función pública.

La Administración Pública, sólo puede afectarse a través del propio comportamiento de los funcionarios y servidores públicos, específicamente con la perpetración de los delitos de abuso de autoridad, concusión, peculado y corrupción de funcionarios; el enriquecimiento ilícito, es un delito que ha ido ganando relevancia de manera progresiva en las últimas décadas. En realidad, podríamos decir que es relativamente nuevo en nuestro país.

Revisando la historia ecuatoriana, se denota el primer esfuerzo normativo orientado a la persecución del delito en mención, esto lo encontramos en la Constitución Política de 1979, al establecer en su artículo 62 que: *"...Los funcionarios y servidores públicos que determina la ley o que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, deben hacer declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de éstos. El Fiscal de la Nación, por denuncia de cualquier persona o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial cuando se presume Enriquecimiento ilícito. La ley regula la responsabilidad de los funcionarios a los que se refiere este artículo..."*

En cuanto a lo dispuesto en el artículo que antecede, es de advertir que aun cuando determinaba el funcionario competente para la formulación de cargos ante

patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años. Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones. Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años. Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años.

el Poder Judicial, indicando que este funcionario sería el Fiscal de la Nación, es de indicar que se trataba de un simple enunciado o la expresión de una voluntad a futuro, pues no se conocía o al menos no se advertía la existencia de una norma penal sustantiva que tipificara penalmente al enriquecimiento ilícito, en ese entonces.

De lo expresado podemos indicar que recién el 12 de junio de 1981 con la promulgación del Decreto Legislativo N° 121 se tipifica penalmente el enriquecimiento ilícito. Esta norma penal incluyó con el numeral 361°-A del Código Penal de 1924, al enriquecimiento ilícito, con el siguiente texto: *"...El funcionario o servidor público que, por razón del cargo, o de sus funciones se enriqueciere indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de 10 años ni menor de 4 años, multa de la renta de sesenta a ciento ochenta días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27° por doble tiempo de la condena. Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas de bienes y rentas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos que haya percibido y de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa lícita. Las pruebas presentadas para justificar el enriquecimiento patrimonial, son reservadas, y no podrán ser utilizadas para ningún otro efecto..."*

Como hemos indicado en el apartado que antecede, esta norma desarrolla ampliamente el contenido del tipo penal en cuestión, estableciendo algunos criterios orientados a la persecución del enriquecimiento ilícito, así como estableciendo la prohibición de utilizar las pruebas de descargo entregadas por el investigado o procesado, con otros fines que no estén orientados a probar la comisión del delito y la responsabilidad penal del imputado.

Continuando con el orden cronológico en el presente capítulo podemos indicar que el Código Penal de 1991, en su versión original, lacónicamente, establecía en su artículo 401: *"...El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años". El contenido de este artículo, ha sido modificado por el artículo 7° de la Ley 27482, publicada el 15 de junio del 2001, que incorpora el siguiente párrafo: "Se considera que existe indicios de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita..."*.

Asimismo, por Decreto Ley N° 25489, del 10 de mayo de 1992, se adicionó el artículo 401-A y 401-B, con el siguiente contenido: "...Artículo 401-A.- *"En todo caso los donativos, dádivas o presentes serán decomisados..."*. Y mediante una rectificación por Fe de Erratas del referido Decreto Ley N° 25489, se incorporó el siguiente artículo: Artículo 401-B: "*...Los bienes decomisados e incautados durante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia; el que los asignará para su uso en servicio oficial o del Poder Judicial o el Ministerio Público, en su caso, bajo responsabilidad. De dictarse sentencia judicial absolutoria se dispondrá la devolución del bien a su propietario. Los bienes decomisados o incautados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los mencionados organismos públicos. Aquellos bienes que no sirvan para este fin serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingreso del Tesoro Público..."*".

Por su parte la Constitución Política de 1993, en su artículo 41, reproduciendo sustancialmente el contenido del artículo 62 de la Constitución de 1979, establece en su artículo 41: "*...Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante el ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado..."*".

Esta disposición ha sido complementada a la fecha, con la Ley N° 27482, y su Reglamento Decreto Supremo N° 080-2001-PCM, publicado el 8 de julio del 2001, que regula la obligación de los funcionarios y servidores públicos del Estado, de presentar su Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas, así como también regulan la publicación de las mismas. Con estas normas se ha logrado que por fin se realice la declaración y la publicación de las referidas declaraciones juradas, a las que están obligados los funcionarios y servidores públicos, al asumir el cargo, durante el desempeño del mismo con una periodicidad anual y al concluir o cesar en el cargo o función pública.

Desde la perspectiva del imperio constitucional en el año de 1998 para poder combatir este flagelo que azotaba a la sociedad ecuatoriana en el Ecuador se realizaron varias reformas y codificaciones para contrarrestar la corrupción estatal, a tal modo que el único fin de modernizar el sistema jurídico y conceptual que se tornaba obsoleto y arcaico frente a la demanda social, para ello se pretendió

convenir leyes y las normas supranacionales con la Constitución Política de la República del Ecuador del año 1998 misma que se refleja el artículo 121 de ese entonces, donde adoptaron normas para responsabilizar a nivel administrativo, civil y penal por el manejo y administración de los fondos estatales, recursos o bienes públicos, a los funcionarios y/o servidores públicos.

En ese mismo orden cronológico ya para el año 2008, surgió la Constitución de Montecristi, a la que se le acusó de reglamentaria, por cuanto en su artículo 231²⁷, como medida de control, establece la obligación para los funcionarios de declarar juramentadamente sus bienes de manera periódica. Algunos han calificado que, extender esta obligación a todos los funcionarios es una exageración innecesaria, debiéndosela reducir a determinados cargos claves en el control de la corrupción.

De lo que hemos analizado de manera a priori, podemos indicar que en la actual normativa penal en especie (COIP), que entró en vigencia el 10 de febrero de 2014, donde dicha normativa mantiene sinergia entre los tratados internacionales anticorrupción, así como también con la norma jerárquica ecuatoriana. Nada hubiera sido posible, sino se hubiera elaborado una ley que sancione al enriquecimiento ilícito, sin que exista armonía entre la parte sustantiva y adjetiva, dicho en palabras no técnicas, de nada hubiera servido una normativa de letra muerta (como sucedió anteriormente), sino existieren los mecanismos e instrumentos procesales para poder aplicar el reproche penal mediante sanción punitiva.

Solo para la casuística entre la normativa anterior y la actual en su Art. 296.1²⁸ del código sustantivo penal, ahora derogado, indicaba que el enriquecimiento ilícito era el incremento injustificado de su patrimonio producto de su cargo, sin que este articulado especifique o ponga como tabla monto de aquel incremento ilícito, por ende jamás se consiguió sanción al infractor, tal como se pretendía en su Art. 296.2²⁹ de la referida ley, siendo considerada esa normativa específicamente el artículo en alusión como una ley penal en blanco, es decir que se necesitaba otra ley para complementar dicho artículo, mismo que el legislador no se percató, por ende no existió sentencia condenatoria alguna.

²⁷ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 231.- Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias.

²⁸ Código Penal Actualizado (2010). Art. 296.1. ENRIQUECIMIENTO ILICITO. Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos.

²⁹ Código Penal Actualizado (2010). Art. 296.2. ENRIQUECIMIENTO ILICITO. Sanciones: El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de 2 a 5 años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.

Actualmente, la normativa en especie (COIP) establece en su Art. 279 el delito de enriquecimiento ilícito, el legislador previno de errores de normativas derogadas y en este caso, si impone una tabla o referencia para poder sancionar punitivamente al sujeto activo infractor (servidor y/o funcionario público), cuando el incremento patrimonial injustificado es superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, y esto se determina con una auditoría interna realizada por la Contraloría General del Estado al justiciable, tomando referencia entre la declaración de patrimonio juramentada, frente al aumento injustificado o no declarado por el servidor público en cuestión, pudiendo desencadenar en un supuesto de sanción de carácter con indicios de responsabilidad penal, actuaciones que tendrán que ser remitidas a la Fiscalía General del Estado, para el respectivo procesamiento o en su efecto para sanciones administrativas, según lo establecido en la ley orgánica de la Contraloría General del Estado³⁰.

2.2. Elementos del tipo penal de enriquecimiento ilícito.

2.2.1. Conducta de acción típica.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito en estudio, opera cuando se trata de un funcionario o servidor público que estando en pleno ejercicio de sus funciones no se le ha podido comprobar que haya cometido delito contra la administración pública, que ni la Contraloría General del Estado ha podido detectar el delito; pero si se demuestra el incremento patrimonial no justificado operaría el delito en mención y la activación del órgano punitivo. Este es el caso de los servidores públicos que, en el ejercicio de sus funciones, obtuvieron de un momento a otro un cambio abrupto en sus ingresos y egreso, podrán ser sancionados, estos cambios ayudan a darse cuenta que se está cometiendo un acto delictivo, no sin antes tomar en consideración de manera objetiva, que si el aumento es justificado (donaciones, herencias, premio mayor de Lotería, venta y ganancia de plusvalía), no operaría el reproche penal por cuanto la conducta no es delictiva.

Cuando ocurren las conductas delictivas, el poder legislativo busca la manera de proteger el patrimonio del Estado, como bien jurídico protegido que es la Eficiente Administración Pública, esto es creando leyes que lo protejan mediante la amenaza de una sanción punitiva, puesto que el servidor público tiene la obligación de manejar los recursos y bienes económicos del Estado que le han sido encomendado al momento de la posesión de su cargo y que este a jurado proteger y mantener una conducta de probidad, honestidad, transparencia y de

³⁰ Ley orgánica de la Contraloría General del Estado (2002). Art. 29.- De la Contraloría General del Estado. La Contraloría General del Estado, como Organismo Técnico Superior de Control, es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigida y representada legalmente por el Contralor General.

debida diligencia, lo contrario a lo indicado en los principios en alusión, basta que las actuaciones sean deshonestas en este tipo de delito en estudio, esa conducta antijurídica tiene reproche penal tal como lo prevé el Art. 34 del código orgánico integral penal³¹.

De lo indicado es pertinente manifestar que en el caso de incurrir en una conducta delictual el servidor y/o funcionario público, no solamente esta impuesto al escarnio público del procesamiento penal y sanción, sino que tiene de manera subsidiaria que procesarse por la vía administrativa para su respectiva sanción por cuerda separada, tal como lo permite el Art. 5.9 del código penal en especie³², es decir la separación y destitución del cargo que ostenta, quien quedará condenada perpetuamente o al designio de no volver a ocupar un cargo público, siempre y cuando exista una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada por un delito contra la Eficiente Administración Pública.

Ahora bien, una vez que de manera breve hemos analizado el tipo penal en estudio, debo de recordar que el presente acápite se debe situar a la tipicidad o conducta típica, en especie, podemos indicar que el tipo penal de enriquecimiento ilícito, ha sido cuestionado por algunas legislaciones especialmente por la española, donde inclusive se declaró la inconstitucionalidad y se derogó, eliminándose del catálogo de penas del ordenamiento jurídico interno de ese país y en otros países, también se debate sobre si el delito en estudio es autónomo o como en efecto se lo denomina residual, es aquí el punto de controversia que pretendemos abordar en el presente apartado.

Para ciertos juristas y doctrinarios, el delito de enriquecimiento ilícito, considerado como imperfecto, ilegal e inconstitucional. A lo largo de algunos debates en las convenciones contra la corrupción se ha discutido si la acción típica debe ser considerada como un elemento independiente y previo a los elementos del delito o simplemente como un elemento integrante del tipo. Al respecto, aun cuando es preferible considerarla como elemento autónomo a partir del cual se realiza la estructuración del delito, para efectos de análisis comúnmente se confunde con los demás elementos objetivos del tipo.

En el delito en alusión, es considerado residual, por cuanto la manera de divisar su origen primario es de difícil detección, inclusive considerado como un delito abstracto, invisible, lo que ha conllevado a que exista el auge delictivo con el producto de réditos económicos, abonando a la omisión por parte del órgano punitivo y por ende la impunidad y desconfianza de la población con respecto al

³¹ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 34.- Culpabilidad. - Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

³² Código orgánico integral penal. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.

órgano jurisdiccional.

Como sabido es, en los delitos por situar en la casuística, como el cohecho, concusión, entre otros, que amenacen a la eficiente administración pública, estas conductas una vez que se perfeccionaron o cometieron, es de difícil comprobación y más aún si el delito de corrupción se ha diluido o trasladado a las cuentas personales o aumento de su patrimonio, sean bienes muebles y/o inmuebles, si bien es cierto esas conductas no son detectadas, es pertinente sancionar el residuo, la acumulación o el despilfarro de dichas conductas antijurídicas, siempre y cuando dejen huellas o graves indicios de responsabilidad, en estos casos el legislador creó el tipo penal de enriquecimiento ilícito, para que el sujeto activo una vez que se detectan de manera técnica o científica (auditoría interna) que responda por dicha acumulación o aumento injustificado que se le detectó, una vez que se ha descubierto el desbalance en sus activos y pasivos, frente a sus ingresos lícitos (declaración patrimonial juramentada).

Ahora bien, si no existiera esta figura a criterio del suscrito, estaríamos abonando o haciendo apología del delito y por ende daríamos paso a la impunidad, blindando sus actuaciones desviadas, por cuanto una vez el servidor público consume el acto antijurídico, se considera que ha lesionado o puesto en peligro y riesgo el bien jurídico protegido, como es la Eficiente Administración Pública, recordando que este tipo de delitos de cuello blanco quiebran a un Estado, empobreciendo a la población en general, y enriqueciendo a ciertos servidores públicos.

Cabe resaltar al respecto, si la acción típica debe ser considerada como un elemento independiente y previo a los otros elementos del delito o simplemente como un elemento integrante del tipo del enriquecimiento ilícito materia en estudio. Para ilustrar el presente apartado, considero citar que este concepto de acción ha ido cambiando, en este sentido debemos señalar como lo indicó *Luzón Peña*, “...que se debe destacar los elementos característicos y diferenciales de la actuación humana, pero por otra parte debe intentar coincidir al máximo con lo que consideran acciones o conductas tanto las concepciones usuales en la sociedad como cualesquiera otras disciplinas científicas y por tanto excluir anticipadamente actuaciones que conforme a esa concepción amplia si son acciones por criterios normativos reduccionistas o por criterios ontológicos también reduccionistas...” (LUZÓN PEÑA, 1996)

Ahora bien, si precisamos que ha surgido una concepción amplia de acción, en la cual pueden caber todos los casos de exteriorización de la voluntad humana cuya expresión objetiva implica una afectación al bien jurídico protegido, sea causándole una lesión o sea poniéndolo en peligro o inminente riesgo. Si manejamos una concepción, en la cual la conducta la ubicamos como parte de los elementos objetivos del tipo, en el delito de enriquecimiento ilícito, el bien jurídico

a proteger es la funcionalidad, prestigio, dignidad y confianza de la Eficiente Administración Pública, frente al fraccionamiento o lesión o una puesta en peligro como acción y/o conducta típica.

Construyendo el orden de las ideas, en la doctrina aparece bastante aceptada la posición formulada por *Claus Roxin*, con respecto a la concepción personal de la acción, en este sentido el referido doctrinario establece textualmente: "...un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como "manifestación de la personalidad", lo que significa lo siguiente: en primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico- espiritual de acción, y eso falta en escaso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (somática) del hombre, o "del ámbito material vital y animal del ser", sin estar sometidos al control del yo, de la instancia conductora anímico- espiritual del ser humano..." (ROXIN C. , 1997)

Lo extraído del jurista *Roxin*, es que en efecto la exteriorización de un acto conlleva a la manifestación de la personalidad y por ende a atribuir a un acto material que plasmado o consumado, esta acción se adecua a un tipo penal establecido en el catálogo de penas, para su posterior reproche. En el caso en estudio y análisis, el funcionario público al momento de poner en juego su prestigio, dignidad, probidad, pero por sobre todo su accionar de defraudar al buen manejo de la cosa pública, que se le ha confiado a este para precautelar y administrar con eficiente y eficacia el patrimonio del Estado.

Ut Supra vale resaltar que el incumplimiento no solamente de ciertos preceptos o principios ceñidos al servidor público, sino el lesionar el bien jurídico protegido como es la Eficiente Administración Pública, esta acción que pone en peligro es lo que conlleva a determinar los elementos objetivos del tipo penal de enriquecimiento ilícito, frente a los elementos subjetivos del justiciable. Lo que indicaron *Ángeles Gonzales y Frisancho Aparicio*, quienes consideraban que la acción típica en este delito en estudio sería precisamente el "enriquecerse ilícitamente". (ANGELES GONZALES, 1997)

2.2.2. Vinculación al cargo.

La corrupción está considerada como un flagelo a la humanidad, según lo que hemos dicho, es la madre de estos delitos, en el sentido de la subjetividad del tipo. Así como en el robo, la subjetividad del tipo está determinada por el ánimo de apropiarse de un bien ajeno, en el enriquecimiento ilícito, la subjetividad del tipo está determinada por la corrupción. La corrupción contiene el conjunto de todos los elementos subjetivos del tipo de enriquecimiento ilícito, por consiguiente, no existe un elemento subjetivo de este tipo, que no esté subsumido en aquello que la sociedad dice cuando pronuncia la palabra corrupción.

Al referirnos a la corrupción como tal, tenemos que indicar que este término

es muy extenso, subjetivo y complejo a la vez, sin embargo, trataremos de determinar los elementos subjetivos del tipo de enriquecimiento ilícito, misma tarea que se torna difícil, pues el tipo penal no está bien determinado, por lo que para algunos juristas consideran que este podría vulnerar el principio de legalidad³³, pues solo usa el adjetivo injustificado, adjetivo que puede ser aplicado, por ejemplo, a todos los delitos contra el derecho a la propiedad. El hurto, robo, estafa, etcétera, obedecen todos a hechos en los que los bienes no pueden justificarse. El término “injustificado” en el delito de enriquecimiento ilícito, obedece, entonces, al no cumplimiento de la obligación de justificar nuestras propiedades, lo cual nos llevaría a una conclusión aún peor, el delito consistiría en que aquel funcionario que no ha justificado una propiedad, lo que al decir de algunos juristas se estaría vulnerando el principio de inocencia.

Sin embargo desde la postura del suscrito, sin entrar a más análisis sobre la legitimidad de este tipo, solo diremos, que profundizar en los elementos subjetivos del delito de enriquecimiento ilícito, se torna importante establecer que como manifestación del sujeto activo, servidor y/o funcionario público, este esta consiente y de forma voluntaria al mostrar su conducta desviada a su favor y en perjuicio de terceros, lo que infiere que, con dolo y conocimiento de antijuridicidad su accionar afecta la funcionalidad, prestigio, confianza, y la buena reputación en pro de una buena Administración Pública, misma que se pone en riesgo y se lesiona quedando en eminente peligro.

En este orden de ideas, la acción típica del servidor público está determinada por el verbo rector y/o nuclear de enriquecerse o quien se enriquece, lo que nos conlleva a considerar que el verbo reflexivo es imperativo al determinar enriquecer como verbo, y del pronombre ce, en este sentido si hablamos de la acción de enriquecerse estamos refiriéndonos a una conducta dolosa del sujeto, más aún desde la esfera de vanguardia de corriente de imputación objetiva.

De igual forma es necesario indicar que el enriquecimiento ilícito debe de haberse producido por acciones vinculadas o relacionadas al cargo que ostenta, tal como lo establece la normativa en especie y la comparada. Al referirnos, a la expresión con relación al cargo, esto se torna suficientemente amplia y comprende que para que opere el tipo penal de enriquecimiento ilícito, el sujeto activo debe de estar inmerso en el servicio como funcionario y/o servidor público, y por ende en el ejercicio de sus funciones, estas facultades son propias e inherentes al cargo que ostentan.

Es importante indicar que la normativa ecuatoriana, considera que el servidor y/o funcionario público, cuando este se vale de su cargo para fines o propósitos lucrativos de enriquecerse ilícitamente para sí y en contra de terceros, este accionar conlleva a determinar la adecuación de la conducta al tipo penal en

³³ Código orgánico integral penal (2014). Art 5. 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley.

estudio, incluso en los casos en los que el servidor público se encuentra con permiso, vacaciones o licencias, solo basta que este activo su nombramiento para que el sujeto activo sea responsable de sus actos desviados.

Así, por ejemplo, el funcionario podrá actuar en razón del cargo, pese a que no se encuentre laborando en la entidad correspondiente o como lo establece, el jurista *Portocarreño Hidalgo*, quien indica que no interesa si se realiza el acto estando el funcionario con permiso o vacaciones. Criterio que lo compartimos por cuanto si su nombramiento se ha definitivo o provisional se encuentra vigente, este será responsable de sus actos ilícitos y por ende de reproche penal. Para concluir, podremos indicar que el servidor y/o funcionario público, como agente estatal, al momento de estar en funciones y que saque ventajas o prerrogativas de cualquier índole a su favor, procurando tener ventaja ilícita, este estaría actuando en razón al cargo y por ende adecua su conducta al tipo penal de estudio como es el enriquecimiento ilícito. (PORTOCARRERO HIDALGO, 1996)

2.2.3. El Servidor y/o Funcionario Público como Sujeto Activo.

Para desarrollar el presente acápite, es necesario distinguir a los dos agentes (activo y pasivo) dentro de un proceso penal, en el primer supuesto el sujeto activo es el justiciable y en el segundo supuesto, el sujeto pasivo es el Estado en calidad de víctima; pues en toda contienda o pretensión, existe una acusación y una resistencia.

El agente activo se da en virtud del principio de imputabilidad. En efecto, el delito es siempre una conducta o acción, a la que se le agrega varios adjetivos, mismo que deben cumplir con la tipicidad y culpabilidad, debiendo añadir el conocimiento de antijuridicidad, tal como lo prevé nuestra legislación ecuatoriana³⁴. En todo caso, el sustantivo es la conducta, lo que requiere que alguien (sujeto) lo haya realizado. Sin alguien quien realice la conducta, no existirá esta; y por tanto no habría delito, debiendo recordar que la conducta que se exterioriza y se perfecciona es la que se sanciona, siendo este el sujeto activo del delito. Es decir, el principio de lesividad, establece que no hay reproche sin bien jurídico lesionado o, por lo menos, amenazado o en peligro³⁵.

En el presente apartado, analizaremos la posición del sujeto activo como servidor público, mismo concepto que está definido por la Real Academia de la Lengua Española, como una “ocupación u oficio”; el cargo, como “dignidad, empleo, oficio”; mientras que la comisión es definido como la “orden y facultad que alguien da por escrito a otra persona para que ejecute algún encargo o entienda en algún negocio”; o bien como el “conjunto de personas encargadas por

³⁴ Artículo 22.- Conductas penalmente relevantes. - Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

³⁵ Amenazados o en peligro equivale a los delitos en grado de tentativa.

la ley, o por una corporación o autoridad, de ejercer unas determinadas competencias permanentes o entender en algún asunto específico”. (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2020)

De lo que antecede, el servidor público es aquella persona a quien se le delega la confianza para ocupar un cargo o dignidad en armonía con los principios de probidad, buena fe y confianza.

Ciertas normativas de manera específica indican que aquel ciudadano que en función de un cargo público sea por elección popular o por concurso de méritos o posición, este tendrá que responder ante su incumplimiento en el ejercicio de su función pública, esto coincide con lo establecido en la Convención Interamericana contra la Corrupción.³⁶

Así mismo el jurista *Arroyo Herrera* define como funcionario público a: “...*absolutamente todos los trabajadores empleados y funcionarios de la Administración Pública, y por consecuencia todos son sin distinción, sujetos de Responsabilidad de los Servidores Públicos...*” (ARROYO HERRERA, 2004)

Ahora bien, queda claro que el autor, sujeto de derecho o justiciable dentro del injusto penal en alusión, es el servidor y/o funcionario público, quien durante el ejercicio o vinculación al cargo incrementa y/o aumenta injustificadamente su patrimonio de forma ilícita, mismo que tendrá responsabilidad, civil, administrativa y penal por actos como lo hemos mantenido explicando en la presente obra.

Es importante, colegir que en algunas normativas el verbo rector indica que el acto antijurídico de enriquecerse, abusar o el ilegítimo incremento patrimonial o injustificado de bienes muebles e inmuebles. Por otro lado, cuando estos actos se tornan ilegítimos, es aquí donde precisamente el organismo jurisdiccional entra en acción y permite la aplicación de la sanción punitiva en razón de la conducta penalmente relevante del justiciable como es el servidor público. En esa misma línea del pensamiento citaremos a los juristas peruanos quienes indican al unísono que “...*Sujeto activo es el funcionario o servidor público que durante el ejercicio de sus funciones incrementa ilícitamente su patrimonio...*” (SAN MARTÍN CASTRO, 2002)

En este mismo apartado, debemos destacar que el sujeto activo para que adecue su conducta antijurídica al tipo penal de enriquecimiento ilícito, debe de tener como requisito sine qua non, estar en goce del ejercicio o función de su cargo,

³⁶ Convención Interamericana Contra La Corrupción (1996). Artículo I: Definiciones/Función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

siempre que esté en ejercicio de funciones sea por nombramiento provisional o definitivo, pues en ambos supuestos la decisión antijurídica que pudieren tomar, perjudicaría al patrimonio estatal.

Respecto a la normativa penal vigente en Ecuador (COIP), también responsabiliza al injusto penal en estudio a terceros, sean personas naturales o jurídicas que cooperen en la participación para la comisión de un acto antijurídico. No es coincidencia que la normativa orgánica y el imperio constitucional ecuatoriano guarden armonía con lo establecido en el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³⁷, donde la sanción no solamente recae a los servidores públicos, sino a terceros que coadyuven como sujeto activo del delito de corrupción refiriéndose al cohecho, peculado y otras formas de desviación de bienes, u ocultar activos o pasivos utilizando terceros o testaferros, para la comisión del delito en alusión en perjuicio del patrimonio común del Estado.

Para ilustrar el párrafo que antecede, es preciso recurrir a lo indicado por los juristas *Raúl Peña y Luis Francia* quienes de manera textual indicaron que: *“...el enriquecimiento ilícito al igual que todos los delitos contra la administración pública, es un delito especial en razón a la calidad o cualificación especial del sujeto activo, este, no podrá ser otro que aquel que reúna esta calidad especial; más aún si se trata de un delito especial propio, en el que precisamente la calidad especial funciona como fundamento de la punibilidad de la conducta...”* (PEÑA CABRERA, 1993)

El enriquecimiento ilícito forma parte de un conjunto de delitos que, de manera especial, están agrupados por un término con el que la sociedad identifica un mal grave y urgente, contra el que hay que luchar para poder sacar adelante al país. A saber, la corrupción. Son hechos que se cometen desde la potestad pública, y por lo mismo que afectan al estado de manera directa. Por eso, como se puede considerar de lo que ya hemos dicho, más que a los bienes mismos con los que se perjudica al Estado parece preocuparse por la lesión en la eficiente administración pública, y por afectar, entonces, más que a un bien público real, a un bien de derecho subjetivo público, como son los servicios públicos, tiene una influencia de lesividad pública, que se aprecia directa y amplia. De ahí la gravedad de estos delitos, en virtud del daño colectivo que causa es decir el empobrecimiento de un Estado.

En consecuencia, la exigencia de que el sujeto activo se trate de un funcionario público que, como ya se indicó, no se debe solo a consideraciones formales- según lo que ha establecido el legislador, no entrapa al operador

³⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004). Artículo 7. Sector público 1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas.

judicial. Todo lo contrario, la consideración es amplia y, sin manifestarlo expresamente, confirma la posición adoptada en esta obra: la relevancia de la relación o vinculación material entre el sujeto activo y el bien jurídico específicamente protegido.

Para ilustrar la presente obra me he permitido traer a la temática parte de la legislación comparada como es la colombiana la misma que en la ley 190 de 1995, en su artículo 18, al modificar el artículo 63 del código sustantivo penal, hizo un cambio de la expresión empleado oficial, sustituyéndola por la de servidor público, término que debe utilizarse siempre que en el Código Penal o en el de Procedimiento Penal, deben utilizarse los términos servidor y/o funcionario público, porque recordemos que uno de los requisitos o verbos rectores del tipo penal es que el sujeto activo tiene que tener como condición estar en uso y goce de funciones al servicio de una institución del Estado.

En nuestra normativa orgánica del Código Orgánico de la Función Judicial recoge en su artículo 15 (COFJ) las sanciones a imponerse al servidor público, mismas que son de carácter administrativas y penalmente, por ello se invoca el principio de responsabilidad que indica de manera textual: La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley. En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señalada en este Código.

Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución³⁸,

³⁸ Constitución de la República del Ecuador (2008). El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá

las leyes y los reglamentos. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley.

A manera de conclusión del presente apartado, el concepto de sujeto activo es amplio con respecto a los servidores y/o funcionarios públicos, quienes ejerciendo una función específica dentro de la administración pública sin considerar ningún rango o condición, adecuen su accionar o tipicidad al tipo penal en razón de su cargo o ejercicio estatal o se encuentren involucrados de manera directa o indirecta en empresas del Estado, sean de sociedades de economía mixta o que se encuentren en sí, dentro de la actividad empresarial de un Estado, en fin cualquier persona que participe en colaboración con terceros o particulares dentro del ejercicio de la acción pública serán juzgados por hechos o supuestos de corrupción sin distinción alguna.

2.2.3.1. Otros sujetos activos.

El injusto penal de enriquecimiento ilícito en principio sólo puede ser cometido por un servidor público. Aquí es necesario detenerse para definir cuáles son las distintas responsabilidades a las que está sujeto el servidor o funcionario público. En palabras del maestro *Acosta Romero*, el servidor público es: "...aquél ciudadano investido de un cargo, empleo o función pública, ligado por un vínculo de régimen jurídico, por tanto, al cuadro de personal del poder público. Tal vinculación puede ser directa (servidor de la Administración Pública Centralizada) o indirecta (Trabajador de la Administración Pública...". Así entonces se requiere una especial circunstancia que la constituye lo que *Acosta Romero* ve como un vínculo jurídico con el poder público. (ACOSTA ROMERO, 1995)

Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público, lo relevante es que este en uso y goce del ejercicio de su función.

En cuanto a los servidores públicos son aquellos que son elegidos mediante un concurso de méritos y oposición para administrar justicia, sean jueces, fiscales etc, a quienes se le confían la eficiente administración justicia y por ende la cosa pública y están regulados por el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y la Ley Orgánica del Servicio Público. En lo que respecta a las sanciones de carácter disciplinarias mediante sumarios y también en la parte de responsabilidad penal.

en contra de ellos.

En esta perspectiva y con respecto a la evolución del derecho penal y el reproche a estos injustos penales, el concepto de servicio público este se extiende hoy a actividades que antes estaban reservadas a la actividad puramente particular (actividades industriales y comerciales). Es lo que ha dado en denominarse la crisis de la noción de servicio público, entiéndase así que el encargado de servicio público, debe serlo por el Estado y no por persona particular. Por ello citaremos al jurista profesor *Antonio Cancino* quien indica textualmente: “...si recordamos que el legislador en el título en el que se encuentra integrado el delito que se estudia, ampara básicamente el bien jurídico de la administración pública funcionalmente entendida y más específicamente el deber de probidad que debe tener todo empleado oficial, fácil de concluir entonces que la expresión servicio público que aparece en el artículo 63 del código penal se refiere exclusiva y excluyentemente a los servicios públicos pertenecientes al Estado, y no a los que rigen y funcionan conforme al derecho privado...”. (CANCINO MORENO, 1986)

De lo antes expuesto haremos una distinción de algunos servidores o funciones públicas a efecto de ilustrar el presente acápite y determinar que para que se puede atribuir el reproche penal a un infractor es importante que este tenga la calidad de estar al servidor de la Administración Pública y en este caso podríamos categorizarlo como sujeto activo del delito, siempre que su conducta se torne desviada, en beneficio propio y en detrimento del Estado:

1. El llamado *funcionario de hecho*, es decir, aquel que ha sido nombrado sin el cumplimiento de los requisitos constitucionales o legales, serán categorizados como sujeto activo de estos delitos como lo indicamos en líneas anteriores. Per se esto infiere que por cuerdas separadas aparte de la responsabilidad de reproche penal, también sea tratado por la vía civil y administrativa, esto es que podría declararse la nulidad del nombramiento o la elección, según el caso, sin que esto constituya un doble juzgamiento como lo prevé nuestra legislación ecuatoriana en su Art. 5.9 del COIP³⁹. Siguiendo en esta perspectiva, citaremos al jurista *Flores Zavala*, quien manifiesta que la doctrina jurídica estadounidense, Lord Holt, en la Sentencia *Parker vs. Kett*, nos ofrece una definición del funcionario de facto, mismo que se define como aquel que tiene la reputación de ser el funcionario que pretende ser y que, sin embargo, no es funcionario en forma, desde el punto de vista legal. (FLORES ZAVALA)
2. Los *trabajadores oficiales*, son las personas que laboran o prestan sus servicios estatales, que prestan sus servicios a la administración pública,

³⁹ Código orgánico integral penal (2014). Art. 5 num. 9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.

por regla general las personas que prestan sus servicios en el sector central de la administración son empleados públicos. Por excepción son trabajadores oficiales quienes se ocupan de labores que por estatutos hayan sido señaladas como susceptibles de ser desempeñados por trabajadores oficiales. En las empresas industriales y comerciales del Estado y en las sociedades de economía mixta, el principio es inverso, por lo general quienes para ellas trabajan son trabajadores oficiales, y excepcionalmente tienen el carácter generalmente de gerente y quienes cumplen labores de dirección, confianza o manejo.

3. *Los miembros de las instituciones públicas o gobiernos autónomos*, pueden ser sujetos activos de los delitos contra la administración pública, son los miembros de las asambleas nacionales y provinciales y concejales municipales, prefectos, alcaldes, etc, los mismos que gozan de fuero de Corte, al ser elegidos por elección popular y tienen su juez natural tal como lo establece las reglas de la competencia del artículo 404 el código orgánico integral penal.

Recordemos que la misma norma suprema en su artículo 233 establece que ninguna servidora ni servidor público no estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

4. *Los miembros de las fuerzas armadas*. Consideramos que tal vez resulta innecesario mencionar en forma expresa a los miembros de las fuerzas armadas como eventuales sujetos activos de los delitos contra la Eficiente Administración Pública, ya que ellos siempre han cumplido una función pública. Entonces es evidente que en el caso de un general de la República, o el comandante de una brigada, realizan una función de naturaleza pública, entonces podemos entender que quedan comprendidos dentro de este concepto no solo los miembros de las fuerzas militares o fuerzas Armadas, como ejército, marina, y aviación, sino también los integrantes de la Policía Nacional, Comisión de Tránsito del Ecuador y/o los agentes de tránsito civiles a cargo de los Gobiernos Autónomos Descentralizado (GAD).

5. También pueden ser sujetos activos de delitos contra la administración pública los miembros de las juntas o consejos directivos de las llamadas entidades descentralizadas (establecimientos públicos, empresas

industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta), quienes aun cuando pueden no ser empleados oficiales en todos los casos, ejercen una función pública y el perjuicio que pueden causar por su omisión o su accionar desviado (cohecho, concusión peculado), tiene responsabilidad y por ende reproche penal, por cuanto ejercen funciones públicas y se hallan encargados de la prestación de un servicio público y del manejo de fondos o rentas oficiales, a los miembros de las juntas o consejos que no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos les son aplicables las disposiciones del artículo 279 del COIP, que trata sobre los delito de enriquecimiento ilícito, en calidad de intraneus. A quienes sí tengan la calidad de funcionarios o empleados públicos, se aplicarán las disposiciones penales previstas para estos.

2.2.3.2. El concepto de funcionario y servidor público para el derecho penal desde la perspectiva ecuatoriana.

A propósito de lo enunciado en el presente acápite, presentaré específicamente aquellos aspectos relativos a la posición que ocupa el funcionario público frente a la Administración Pública, de cara a la sociedad (en el marco de los fines que su rol le exige cumplir), como centro de imputación del injusto penal de enriquecimiento ilícito.

Para el derecho administrativo, queda debidamente indicado, que quiénes son funcionarios y servidores públicos, gozan de deberes y obligaciones, conociendo sus atribuciones y potestades, así como cuáles son sus derechos. Si estos funcionarios incurrieran en alguna falta a sus deberes y obligaciones, en el ámbito del derecho administrativo, cometerán una falta de carácter administrativa sujeta a la correspondiente sanción disciplinaria proveniente de esta rama del Derecho, como refiere *Eduardo García de Enterría*, “...es un mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal...”. (DANOS ORDOÑEZ, 1995)

La determinación de la calidad de funcionario o servidor público en el derecho administrativo, se sigue el criterio de la "incorporación" a la carrera administrativa, pues, sólo una vez incorporado (con nombramiento y en funciones), mediando el título legítimo y la investidura formal correspondiente, así como los demás requisitos establecidos por las normas administrativas, estaremos ante un funcionario o servidor público, sin embargo es menester aclarar que en el sector público en su gran mayoría los servidores públicos, mantienen un status o nombramiento provisional, así como también contrato.

De las líneas que antecede, debo hacer la aclaración que estas calidades donde ejercen una función temporal, por encargo o como establece la ley provisionalmente, estos servidores públicos mantienen las mismas

responsabilidades y derechos ante la ley, por ende la sanción por sus actos reñidos con la ley, también son impuestas pese a que no tienen nombramiento a tiempo indefinido o que no hayan ganado un concurso de mérito y oposición, solo basta que este en uso y goce de sus funciones, como por citar en la casuística, un juez de garantías penales temporal, un fiscal con nombramiento provisional o un secretario mediante contrato⁴⁰, también será sujeto de reproche penal.

En el derecho penal, al igual que en el administrativo, se consideran como funcionarios y servidores públicos a todos los incorporados a la administración pública o carrera administrativa, ya que el derecho penal igualmente, toma en cuenta el criterio de la incorporación. en este sentido, todo tipo de funcionario y servidor del derecho administrativo, lo será también para el derecho penal desde el funcionario político hasta el funcionario de facto, y llegado el caso les será aplicable la consecuencia penal prevista en los tipos penales de los delitos contra la Administración Pública, si es que cometieran cualquiera de las conductas típicas configurativas de estos injustos penales que hemos hecho alusión en la presente obra especialmente el de tipo penal de enriquecimiento ilícito.

De lo explicado en líneas que antecede, es importante arribar al área de la doctrina en el ámbito sustantivo, refiriéndonos a la teoría de los roles en la esfera penal, misma que está estrechamente ligada al pensamiento funcionalista propuesto, por uno de los precursores de esta ideología como lo es el jurista alemán *Jakobs*, quien de manera textual indica lo siguiente: “...*el bien jurídico penal es la validez fáctica de las normas, que garantiza que se pueda esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica...*”. (JAKOBS G. -M., 2003)

De lo aludido por el jurista alemán antes citado existen, pues, puntos de encuentro entre la teoría descriptiva de los roles y los aspectos principales que considero se deben abordar para una comprensión material de la posición de ocupa el funcionario público frente a los bienes jurídicos bajo su tutela. Podemos entender que de estas teorías cuya responsabilidad en materia penal son personalísimas, ya arribando al tipo penal en estudio (enriquecimiento ilícito), si por ejemplo un juez de garantías penales, temporal (sin concurso de mérito y oposición), este al administrar justicia y dentro de sus funciones, se le pudiera comprobar alguna adecuación de conducta por delito contra la Eficiente

⁴⁰ Código orgánico de la Función Judicial (2009). Art. 40.- Clasificación de las Servidoras y los Servidores de la Función Judicial. - Las servidoras y los servidores de la Función Judicial se clasifican en: 1. Titulares: Aquellos que han sido nombrados y posesionados para desempeñar un cargo constante en el distributivo de sueldos de la Función Judicial, con duración indefinida o a periodo fijo. Los conjuces serán servidores titulares sujetos a los mismos requisitos, régimen disciplinario e inhabilidades que las juezas y jueces; y, 2. Temporales: Aquellos que han sido designados para prestar servicios provisionales en un puesto vacante; para reemplazar a una servidora o a un servidor de la Función Judicial que se halle suspenso en sus funciones mientras no se dicte resolución en firme sobre su situación; para sustituir a una servidora o a un servidor durante el tiempo que estuviere de vacaciones, con licencia o asistiendo a programas de formación o capacitación; en caso de que se hubiese declarado con lugar la excusa o recusación de la jueza o juez; o si se requiera atender necesidades extraordinarias o emergentes del servicio de justicia.

Administración de Justicia, este podrá ser procesado por alguno de los delitos en estudio, este se convertiría por la calidad de servidor público en sujeto activo y por ende justiciable y responsable del tipo penal en alusión.

En tal sentido, podemos indicar que, en el del derecho penal, más allá de la formalidad para la consideración de la calidad de funcionario o servidor público, se debe contar el aspecto material en el desempeño sea el cargo, rol o ejercicio de la función, pues, formalmente un funcionario no puede estar revestido de los atributos propios de la función pública, pero se comporta como si lo estuviera; si en estas circunstancias cometiera cualquiera de las conductas típicas de los delitos en estudio, será considerado como funcionario o servidor (según sea el caso), para determinar su calidad de agente del delito, el mismo que merece reproche penal.

De manera subsidiaria es importante señalar que para efectos penales también tiene trascendencia la intervención de personas que no tienen ninguna vinculación con la Administración Pública, pero que por administrar o custodiar bienes, en los que ha participado una autoridad o funcionario, se los considera vinculados a la Administración y se les aplica la consecuencia el reproche mediante el derecho penal y desde dicha perspectiva podemos enunciar los supuestos de los casos de los administradores y custodios de bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente pública, que podrían estar previstos dependiendo el grado de participación en el Art. 42 (autor) y Art. 43 (cómplice) del código orgánico integral penal, recordando para que se atribuya el grado de participación a un ciudadano como sujeto activo tiene que operar la conducta penalmente relevante, desarrolladas y exteriorizadas por sus acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales⁴¹, tal como lo establece nuestra normativa en especie.

Por tal razón, consideramos que la finalidad social o asistencial que pudieran cumplir determinados bienes de las entidades de beneficencia o similares, o los bienes de las personas jurídicas, también se aplica a sus administradores o custodios, la sanción prevista en el derecho penal para los funcionarios y servidores públicos (Art. 279 COIP), aun cuando en estos casos no existe vinculación entre el agente del delito y la Administración Pública. Por ello, el jurista español *Santiago Mir Puig*, indico que: “...*En los delitos objetos de nuestro examen normalmente el sujeto activo de los mismos es una autoridad o funcionario público por lo que es de suma importancia la determinación de lo que se entiende por funcionario público, o autoridad, pues de ello dependerá, que*

⁴¹ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 22.- Conductas penalmente relevantes. - Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales

una persona pueda o no ser sujeto activo de dichos delitos, en concepto de autor...". (MIR PUIG, 1996)

Es importante ordenar las ideas y tomar en consideración que todo esto, sin embargo, no quiere decir que el derecho penal haya creado su propio concepto de funcionario o servidor público, distinto del concepto del Derecho Administrativo; pues, como ya se ha indicado líneas anteriores el ordenamiento jurídico es único y cada categoría debe interpretarse y concebirse dentro de este ámbito de unidad.

Continuando con esta línea del pensamiento, podemos indicar que únicamente el derecho penal aplica sus consecuencias jurídicas previstas en los delitos contra la Eficiente Administración Pública no sólo a los funcionarios y servidores públicos sino a otras personas, que de manera directa o indirecta que toman decisiones o asesoran a los funcionarios públicos. Lo cual tampoco quiere decir que se las equipare a los funcionarios o servidores, sino únicamente que por razones de política penal se les aplica la consecuencia del reproche antes indicado. Pues, los conceptos "funcionario público" o "servidor público" dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sólo están referidos a quien ejerce función pública, o ayuda a ejercerla, respectivamente, y no debemos estar creando falsas categorías jurídicas o aparentes naturalezas jurídicas de determinadas instituciones, por ello resulta importante analizar la norma suprema y la ley orgánica de nuestro ordenamiento interno ecuatoriano, que ya lo hemos analizado de manera amplia en el siguiente libro.

Aclarada esta situación, es decir, que las consecuencias previstas por los delitos contra la Eficiente Administración Pública se aplican no sólo a los funcionarios y servidores públicos sino también a otras personas; especialmente en casos de (cohecho, concusión y peculado) pues es necesario tener en cuenta que el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público⁴², al establecer taxativamente a quiénes se los considera funcionarios y servidores públicos, para efectos de hacerlos pasibles de las consecuencias previstas por los tipos penales correspondientes a los delitos contra la Eficiente Administración Pública y contra la Administración de Justicia; todo ello sin adjudicarles artificialmente la calidad funcionarios o servidores públicos.

A manera de una conclusión en el presente apartado, cabe precisar que en el derecho penal y específicamente en los delitos contra la Administración Pública o contra la Administración de Justicia, el concepto "funcionario o servidor público" únicamente cobra importancia, dentro de la estructura de los delitos, cuando asume la calidad de elemento del delito. Como se sabe, "el delito" es

⁴² Ley Orgánica del Servicio Público (2010). Art. 4.- Servidoras y servidores públicos. - Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

concebido básicamente y casi por unanimidad, como la "conducta o acción típica, antijurídica y culpable" y entorno a estos conceptos se articulan las otras condiciones, valoraciones o consecuencias, como las condiciones objetivas de punibilidad, y en razón de ello entramos al ámbito de la necesidad y merecimiento de la pena, etc. Tal como lo establece el artículo 29 que habla de la antijuridicidad, para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código (COIP)⁴³.

Por lo antes expuesto y luego de lo analizado en el presente acápite podemos indicar que los conceptos "funcionario público" y "servidor público", en la estructura o niveles de análisis del delito, se ubican a nivel del tipo, como un elemento objetivo del mismo, y específicamente como un elemento normativo del tipo. Entonces, si se trata de un elemento normativo, para el conocimiento y comprensión de su alcance y significado, debemos recurrir a una norma jurídica vigente en nuestro ordenamiento jurídico, sea ésta una norma extrapenal o también la propia norma penal (una norma distinta, o un artículo diferente de la misma ley o Código); debiendo tenerse presente que podemos determinar la norma de remisión a través de un estudio y análisis sistemático de todo el ordenamiento jurídico y no únicamente dentro del ámbito del derecho penal.

2.2.4. El Estado como sujeto pasivo

Dentro de la definición genérica, el sujeto pasivo es quien sufre de manera directa el accionar típico y antijurídico que merece reproche penal, por consiguiente, es sobre quien recae el daño o perjuicio en calidad de víctima, sea esta una persona natural, colectivo, jurídica o el propio Estado, siendo este último de quien entraremos a analizar en el presente acápite.

Para ilustrar analizaremos algunos criterios, entre ellos el de jurista *José Cansino*, quien hace alusión que, en algunos casos, por virtud de la comisión de enriquecimiento ilícito puede presentarse el menoscabo de patrimonio de particulares, es así que observando desde la misma perspectiva en alusión el magistrado de alto nivel de la ciudad de Lima, *Ramiro Salinas*, indica que el sujeto pasivo es el Estado, toda vez que es el único titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro como es la correcta administración pública. (SALINAS SICCHA, 2014)

Sería contrapuesto no considerar esta línea doctrinal, pues el titular del interés jurídico protegido es el Estado a quien se lo ha categorizado como sujeto pasivo, por cuanto soy de opinión de que no solamente afecta a la correcta administración pública, sino también otros bienes como el orden social, el desarrollo económico de la estructura de la nación, la estabilidad política y

⁴³ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 29.- Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.

gubernamental, entre otros, que la comisión de las Naciones Unidas reiteró en Asamblea Extraordinaria combatir los actos de corrupción considerados como flagelos de la sociedad, por sus adversos resultados, como es el delito de enriquecimiento ilícito.

Continuando con el hilo conductivo, los delitos de corrupción sean estos el cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y peculado afectan a la organización del Estado, por cuanto el mismo tiende a debilitarse en sus estructuras por la inestabilidad, ingobernabilidad y en algunas casos hasta desgobierno social; por ello en la arena internacional se ha debatido ampliamente, conceptos, definiciones, clasificaciones respecto a los elementos del tipo del de los delitos de corrupción, mismos que han desmoralizado y corrompido a naciones, (países de primer mundo y en vías de desarrollo).

De esta necesidad, surge la injerencia de organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales para promover medidas que faciliten la localización, detección y sanción de actos de corrupción, tal como lo establece el Art. 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴⁴, quienes fomentan como política de prevención, incentivar los principios de eficiencia, transparencia, equidad y aptitud, incluyendo procedimientos de selección adecuados con capacitaciones permanentes para que aquellos aspirantes a la función pública sean conscientes del manejo de la cosa pública, y de esta manera evitar que se encuentren involucrados en actos corruptivos.

De manera breve entonces, podemos indicar que el Estado es el titular de varios bienes e intereses, y cuando son amenazados o se ponen en riesgo por acciones de conductas desviadas, se lo categoriza como sujeto pasivo, por cuanto el Estado es quien sufre el agravio con respecto al detrimento de su patrimonio o erario nacional. Es importante resaltar que cuando el sujeto activo comete el delito por el mal uso de las funciones como servidor público, se quebranta la dignidad, credibilidad en las instituciones del Estado y por ende la desconfianza que genera la ciudadanía en el Estado, por cuanto esta requiere la correcta administración de la cosa pública, esto es de los servicios y bienes públicos, es por ello que el Estado como sujeto pasivo también tiene el derecho a ser reparado tanto en lo económico, como en lo moral, por tanto al ser víctima está en facultad de

⁴⁴ Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción (2004). Artículo 7: Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud; b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos; Promoverán programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes.

interponer acusación particular en posición de ofendido, tal como lo prevé nuestra legislación penal ecuatoriana⁴⁵.

Luego de haber analizado al sujeto pasivo, a manera de conclusión podemos indicar que el sujeto pasivo de todo delito es el titular del bien jurídico lesionado, bajo eminente amenaza o peligro, en este caso el bien jurídico u objeto de protección penal es la Administración Pública, por ende, el Estado es el titular de este bien jurídico, el sujeto pasivo y agraviado o víctima será el Estado, en calidad como tal, por ello arribar que el sujeto pasivo es el Estado como tal, único y exclusivo titular del bien jurídico protegido como es el recto y normal funcionamiento de la Eficiente Administración Pública.

A propósito de reparación integral al Estado por el daño causado, respecto al actuar desviado del servidor público por el delito en estudio, es importante establecer que si producto del delito de enriquecimiento ilícito por ese actuar delictual, hubieren terceros perjudicados (civiles), en estos casos concretos de particulares el reclamo o proceso judicial deberán de reconducir sus pretensiones o direccionar las mismas por la vía civil correspondiente, reiteramos en este último supuesto de personas particulares, no es factible que reclame por vía penal sino lo tendrá que solicitar por sede civil la restitución, el daño emergente y lucro cesante, respecto a la pretensión pecuniaria o económica.

⁴⁵ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 11.- Derechos de las víctimas. - En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos: 1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer.

CAPÍTULO III: DESCRIPCIÓN TÍPICA

3.1. Antijuridicidad.

Una conducta típica es antijurídica sino hay causa de justificación que excluya la antijuridicidad, por lo que se habla de causales de justificación. Debemos considerar primero que, en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, se aprecia el vínculo de haber cometido apropiación en razón del ejercicio y función de su cargo. Esto lleva a excluir del tipo penal en estudio, los casos en que el enriquecimiento provenga de otras fuentes, aunque estas también sean ilícitas, estaríamos en ese caso, frente a un tipo distinto.

Las causas de justificación, pues se vuelven muy amplias, si consideramos que las actividades económicas lícitas por las que un funcionario puede incrementar su riqueza son muchas como ya lo hemos explicado en el presente capítulo y las maneras de probar los hechos en nuestra legislación también se ha ampliado.

Como se sabe, si se ha determinado que un hecho, acción o conducta, reúne los elementos de tipicidad exigidos por la noma, ya se reúnen todos los requisitos para presumir que estamos igualmente frente a una conducta antijurídica penalmente relevante que merece reproche penal, esto es ante un delito, precisamente por el carácter indiciario del tipo penal como categoría jurídico- penal.

Ergo, para establecer con exactitud la antijuridicidad, debemos descartar la presencia concreta de alguna causal de justificación,⁴⁶ pues precisamente esta niega la antijuridicidad de la conducta; es decir si se presenta alguna de estas causales, como lo hemos indicado en líneas que antecede, arribaríamos a la conclusión de que la conducta está permitida por la normativa jurídica, y consecuentemente no resulta antijurídica, considerando que el catálogo de penas lo que sanciona son conductas penalmente relevantes y/o con conocimiento de antijuridicidad mediante el dolo, por tanto, no tendrá reproche penal, las conductas que no guardan antijuridicidad.

Estas causales de justificaciones son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el consentimiento (para casos de libre disposición del bien jurídico).

En el caso del injusto penal en estudio, indudablemente no se pueden demostrar las causales de legítima defensa; de igual forma no es posible la causal del ejercicio legítimo de un ilícito, y por tanto no sería típico y menos antijurídico; per se, no podría tratarse de un bien jurídico de libre disposición, a la vez que tampoco el enriquecimiento ilícitamente podría alcanzar el consentimiento de su titular y por tanto no podría presentarse esta causal de justificación. Por

⁴⁶ “Una conducta típica es antijurídica sino hay una causa e justificación que excluya la antijuridicidad. En vez de causa de justificación también se puede hablar de “causas de exclusión del injusto”. *ROXIN, Claus.*

consiguiente, dejamos por aclarado que estas tres causales mencionadas se descartan sin duda alguna.

Respecto a la causal de estado de necesidad justificante; consideramos que cualquier aumento excesivo patrimonial no justificado realizado en los términos ya referidos en la norma y en el análisis de estudio, en estos casos si reúne los elementos del tipo penal de enriquecimiento ilícito, que merece reproche penal en razón del principio de legalidad y punición. A contrario sensu, si el titular, esto el servidor y/o funcionario público, incrementa su patrimonio y justifica su procedencia, este ya carece de antijuridicidad y menos aún su conducta será punible, en este sentido, no se descartaría la posibilidad de esta causal de justificación, que negaría la antijuridicidad de la conducta típica⁴⁷ sin embargo respecto a nuestra legislación ecuatoriana esta aproximación doctrinaria no ha sido aplicada pese a existir el estado de necesidad en la normativa penal ecuatoriana (COIP).⁴⁸

En conclusión, en estos supuestos no podemos referirnos a la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, cuando se determine que el incremento patrimonial es lícito, pues si nos encontramos en estos casos, la conducta ni siquiera va a ser típica y menos aún antijurídica, necesariamente porque no es ilícita, tal como nos hemos referido en la ilicitud como elemento del tipo penal en estudio.

En el caso que nos ocupa, es decir en el delito de enriquecimiento ilícito, los criterios o contenidos dogmáticos elaborados por la doctrina, no son abundantes, y sobre todo no se ha alcanzado un nivel de consenso, ni comparada, así como tampoco en la nacional; esto se debería a la reciente data de la configuración o introducción de este tipo penal como delito dentro de las legislaciones, debido a las diversas críticas así como también a los cuestionamientos de inconstitucionalidad que ha sido objeto el tipo penal en estudio.

Finalmente en nuestro país, pese a su inclusión en el ordenamiento jurídico en el año de 1981 (cuarenta años de vigencia), no obtuvo los resultados deseados, sino hasta la publicación del actual COIP donde se inserta la tipificación del delito en estudio, se establecen los montos y mecanismos para poder sancionar al sujeto

⁴⁷ En la doctrina argentina, pese a la diferencia de la estructuración del tipo de enriquecimiento ilícito en su legislación, también se considera como posible el estado de necesidad como causal de justificación del tipo penal de enriquecimiento ilícito. En este sentido CREUS sostiene: “En el ámbito de la antijuridicidad-justificación es concebible la operatividad del estado de necesidad cuando el enriquecimiento se determina en una disminución del pasivo, pero ello difícilmente ocurrirá cuando constituya un aumento del activo; claro que aquí este estado de necesidad funcionará como fundamento de la justificación del enriquecimiento, no como causal de justificación de la omisión de justificar”. *CREUS, Carlos*.

⁴⁸ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 32.- Estado de necesidad. - Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

activo y/o justiciable, aunque no existen una cantidad de sentencias condenatorias frente a los delitos cometidos, pues al menos a la actualidad ya existen algunas sentencias respecto al tipo penal de enriquecimiento ilícito.

3.1.1. Antijuridicidad formal y material.

Es importante ahora entrar a analizar o diferenciar entre la antijuridicidad formal y material, para tener claro los conceptos mismos que se aplicaran de acuerdo a la normativa sustantiva y adjetiva penal frente al tipo penal en estudio, tal como lo explicaremos a continuación: **a)** la antijuridicidad formal ocurre cuando la acción penal contraviene una prohibición o mandato legal, dicho en palabras no técnicas, es todo aquello que viola lo que señala la ley; **b)** y la antijuridicidad material es cuando la acción penal forja una lesión de bienes jurídicos socialmente dañina y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales, de igual forma lo expresaremos en términos sencillos, esto refiere a la conducta antisocial, es decir, el elemento volitivo de la tipicidad que conlleva a determinar un acto con dolo.

Como lo indicamos en líneas que antecede, podemos hacer un juicio de valores, indicando que el aspecto valorativo del tipo penal en lo material representa una lesión que atente bienes jurídicos debidamente protegidos por cada Estado, que por regla general es necesario sancionar mediante el reproche penal establecido en la norma. Y desde ese punto de vista de la antijuridicidad, material puede excluirse por el hecho de que en caso de colisión de dos bienes jurídicos se prefiere al bien jurídico más valorado que al menos valorado, con lo que el resultado es que pese al sacrificio o lesión de un bien jurídico se produce algo socialmente provechoso o al menos no se produce un daño social jurídico penalmente relevante, tal como nuestra normativa lo prevé cuando la conducta antijurídica atenta a un bien jurídico protegido y que esa acción se pueda comprobar mediante resultados lesivos, descriptibles y que se puedan demostrar mediante procedimientos que guarde respeto al debido proceso, para llegar a la comprobación no solamente a la materialidad de la infracción, sino determinar con certeza el grado de participación del justiciable.

Para poder ilustrar la teoría que hemos ofrecido en el presente acápite, fue necesario recurrir al jurista de vieja data *Franz Von Liszt*, que afirma: *“...Materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o al menos asocial), la acción antijurídica es: ...lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sin embargo, aun con la más cuidadosa delimitación “no puede excluirse una colisión de los bienes jurídicos. El fin o finalidad de la convivencia humana...requiere que ante tal pugna se sacrifique el interés menos valioso si solo a ese precio se puede preservar el interés más valioso. De ahí se sigue que: la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico solo es materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico regulador*

de la convivencia...” (VON LISZT, 1926)

A manera de conclusión, debo de indicar que al respecto como podremos observar el jurista en alusión refuerza nuestra posición frente a lo explicado (antijuridicidad formal y material), pues la antijuridicidad material nos ofrece las claves para saber cuándo una conducta es contraria a derecho, así como también denota una exigencia frente a un derecho penal vigente en un Estado social y democrático de derechos, no sin antes indicar que el Estado se autoimpone normas de convivencia así como también reglas que constituyan un límite al *ius puniendi*. Y como quedo afianzado en líneas que antecede, la antijuridicidad en sentido formal es una relación entre la acción y conducta y el derecho, concretamente podremos indicar que representa la contrariedad a derecho de la conducta y/o una conducta penalmente relevante.

3.2. Culpabilidad.

Es importante abordar este principio procesal como es el de culpabilidad, pues el mismo tiene como fundamentos los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona⁴⁹, tal como lo garantiza de manera intrínseca el imperio constitucional ecuatoriano. El principio en estudio, excluye la legitimidad de toda sanción que no tenga establecido como presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. Por tanto, este principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser utilizada como medio para el cometimiento de un delito, y así evitar la vulneración del derecho a la dignidad de la persona antes mencionado. De lo expresado es evidente que los requisitos de la culpabilidad tienen que estar sujetos a un elemento volitivo del justiciable, sumado a ello que tenga conocimiento de antijuridicidad, caso contrario no operaría el principio en estudio.

En el principio en análisis, si la pena presupone culpabilidad, solo se podrá hablar de la misma, si el autor y/o justiciable antes del cometimiento del delito conocía que su conducta estaba prohibida, siempre y cuando esta conducta estaba determinada legalmente⁵⁰, como una acción prohibida dentro de un catálogo de penas.

Continuando con el análisis, debemos indicar que la esencia de la culpabilidad en los delitos de enriquecimiento ilícito, no reside en el carácter del autor, ni en la conducta de su vida, sino en la posibilidad de haber actuado de manera diferente frente a los principios de probidad, de transparencia, honradez, en contra posición al respeto de la cosa pública y sobre todo vulnerando principios

⁴⁹ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 2. El derecho a una vida digna. 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

⁵⁰ *Nullum crimen, nulla pena sine lege*. Feuerbach, Lehrbuch 1982.

y obligaciones de los servidores y/o funcionarios públicos establecidos en la normativa ecuatoriana vigente, tal como lo expresamos en el presente apartado. Pues en este enunciado, el actuar desviado del servidor y/o funcionario público, no refiere a su conducta ilegítima como un particular, sino en razón del cargo que enviste y la responsabilidad de la buena administración de la cosa pública, misma que defrauda al bien común, por cuanto el dinero del Administrador no le pertenece a él como tal, sino que a las arcas del Estado.

Como requisito previo a la aplicación de la culpabilidad, se verificará si el sujeto activo al momento de perpetrar un delito, conocía que su acción era antijurídica, es decir se verificaría si el servidor o funcionario público conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. En este análisis, se puede dar la figura de error de prohibición⁵¹. El caso de que exista “*error de prohibición*” es cuando el sujeto activo del delito no conoce que su conducta es ilícita. Una persona puede cometer un acto típico y antijurídico, pero no necesariamente culpable si no conoce o comprende la antijuridicidad de su acción u omisión. El conocimiento que tiene el agente del delito sobre la conducta prohibitiva es uno de los aspectos más relevantes en el marco de la teoría de la culpabilidad y en el proceso penal en sí, el cual deberá ser probado, precisamente, por las circunstancias fácticas que rodean al agente, e internas que lo llevaron a cometer la conducta antijurídica.

A manera de síntesis, de la doctrina analizada así como también de la normativa nacional comparada, en los delitos de enriquecimiento ilícito, no existe sentencia absolutoria alguna que refiera, respecto a la aplicabilidad del error de prohibición, en razón de que el servidor público, en su condición como justiciable, este mantiene una amenaza de reproche penal respecto al verbo rector del delito en estudio, como es el aumento injustificado de su patrimonio, versus su declaración patrimonial e ingresos lícitos, a más de ello su grado de estudio y capacitación respecto a delitos de corrupción, desde la perspectiva de Administrador de la cosa pública desde algunos puntos de vista (alcaldes, asambleístas, operadores de justicia, etc...) le sería casi imposible la aplicabilidad del error de prohibición, salvo sus excepciones⁵².

3.3. Punibilidad.

La punibilidad como elemento objetivo del delito, es aquella conducta sobre la cual se podría aplicar una pena que merezca reproche penal o sanción restrictiva de libertad, aclarando que el Estado como tal, mantiene el monopolio o la

⁵¹ Código Organice Integral Penal (Reformado 2020). Artículo 35.1.- Error de prohibición. - Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta. Si el error es invencible no hay responsabilidad penal. Si el error es vencible se aplica la pena máxima prevista para la infracción, reducida en un tercio.

⁵² *Por ejemplo*, un tercero deposita en las cuentas bancarias del servidor público y este desconoce de este hecho, y menos aún el origen.

discrecionalidad por intermedio del órgano jurisdiccional de imponer sanción al justiciable. Sin embargo, es importante aclarar que en todos los casos y/o delitos se les es aplicable una pena, por lo que a continuación analizaremos lo indicado en líneas que antecede.

Previo a cualquier explicación o análisis, resulta imperioso referirnos a los juristas *Jiménez de Asúa y Muñoz Conde*, quienes nos dan guías respecto a la definición de penalidad o punibilidad, como una forma de recoger o elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, sólo se exigen en algunos delitos concretos. Al no ser elementos de la tipicidad, no tienen que ser abarcados por el dolo, siendo, por tanto, irrelevante el error del sujeto sobre su existencia. (MUÑOZ CONDE, 2000)

Es importante definir que un delito debería ser sancionado, cuando se comprueba con los indicios suficientes que existe una acción o conducta típica, antijurídica y culpable, sin embargo estamos estudiando que pueden haber excepciones, por lo que es necesario comprobar si existe algún factor adicional para afirmar que dicho comportamiento es punible. Tales factores pueden ser condiciones objetivas de procedibilidad, causas personales de exclusión de la pena o excusas absolutorias⁵³; en tales casos, aunque existe la forma de sancionar, el legislador ha considerado que no hay necesidad de pena.

El Profesor *Helmut Frister* deja puerta abierta para que se pueda discutir sobre la teoría del delito y su estructura, y luego de afirmar que el Derecho penal vigente se basa en la idea de la culpabilidad por el hecho individual. Los hombres no son penados por la conducción de su vida en conjunto, sino por determinadas formas de conducta, conminadas con pena por la ley. (FRISTER, 2011)

De lo expresado por el autor es evidente que el catálogo de penas tipifica sanciones, cuando la conducta del individuo es antijurídica y con manifiesto dolo para consumir un hecho, caso contrario estaríamos ante una dificultad para atribuir su participación en un hecho delictivo y menos aún para la imposición de una pena.

Continuando con el análisis citaremos al jurista peruano *Bramont Arias Torres* quien indica que las condiciones objetivas de punibilidad: "*son hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda*

⁵³ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 411.- Titularidad de la acción penal pública. - La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada. La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando: 1. Se pueda aplicar el principio de oportunidad. 2. Se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas.

aplicarse la pena. La indagación de la condicionalidad objetiva puede llevar a comprobar, por vía negativa, la falta de realización de ciertas condiciones de punibilidad, o sea, la ausencia de condicionalidad efectiva." (BRAMONT ARIAS TORRES, 1997)

Para ilustrar la presente definición citaremos la casuística para mejor entendimiento: **a)** en el primer supuesto podremos indicar que una persona reúne los requisitos para la imposición de una pena en razón de ser mayor de edad, de haber reunido los requisitos de antijurídica, culpabilidad y tipicidad, sin embargo, esta persona mantiene una perturbación psicológica permanente⁵⁴; **b)** en el segundo supuesto indicaremos si en una pelea eventual o una gresca en un lugar público, X es empujado por A producto de una discusión y el cuerpo de A se proyecta hacia el balcón tropezando con una maceta, misma que se desploma encima de C, produciéndole graves lesiones. En este ejemplo, pese a reunir todos los requisitos de culpabilidad, sin embargo, ante estos movimientos reflejos, existe ausencia de conocimiento de antijuridicidad y por tanto no se reúne el requisito para la imposición de la pena. ⁵⁵

En los dos ejemplos que hemos citado, es evidente que una de las condiciones *sino qua nom*, es que la conducta debe calzar milimétricamente con el tipo penal, añadiendo que debe de existir un filtro de comprobación como es el conocimiento de antijuridicidad de un hecho prohibido por la ley. Para reforzar el pensamiento crítico del suscrito he preferido mencionar al jurista *Tiedemann*, quien mantiene una postura similar a la nuestra, mismo que textualmente indica: *"La condición objetiva de punibilidad representa, en un plano objetivo, un límite del ámbito de lo punible de una conducta perfecta ya desde la tipicidad y el injusto como conducta de riesgo."* (Tiedemann., 1990)

Entrando a un análisis respecto al enriquecimiento ilícito, podremos indicar que, si la punibilidad de un hecho es sometida a una condición, el hecho no constituye delito antes de verificarse aquella. Para este caso, el delito en estudio no será considerado como tal, aun cuando se tenga demostrado que el hecho de incrementar injustificadamente su patrimonio constituye una conducta típica, antijurídica y culpable, si el monto de aquello no es superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, en este caso pese a reunir ciertos elementos del tipo penal, nos encontramos ante una inaplicabilidad respecto a la sanción, por cuanto no cumple con el monto y por ende no se podría a entrar a analizar la conducta.

⁵⁴ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 35.- Causa de inculpabilidad. - No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado.

⁵⁵ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad. - No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.

A manera de conclusión en el presente apartado, nuestra legislación procesal penal en especie, establece claramente, que nuestro Estado ecuatoriano, no solo mantiene como monopolio el reproche penal, sino que también es responsable de la política criminal de prevención, creación de leyes penales, su procedimiento respetando el debido proceso, la sanción punitiva, misma que se promueve desde un punto social la reinserción del infractor a la actividad normal o social, pero y por sobre todo pondera la reparación integral de la víctima, tal como lo establece nuestro ordenamiento jurídico (COIP)⁵⁶ en concordancia con lo establecido en el imperio constitucional ecuatoriano (CRE)⁵⁷.

En resumen, nuestro Estado ecuatoriano mantiene como política social respecto a que la rehabilitación del justiciable es vital y tiene como finalidad crear estímulos para que los privados de su libertad, conciban que han cometido una acción contra lo estipulado en la normativa penal en especie, con los valores y principios establecidos constitucionalmente, la costumbre y las creencias de una sociedad. Por lo que, si estos tienen una reacción positiva, esta les permitirá corregir su comportamiento, readaptarse y reinsertarse de nuevo en la sociedad, tanto en el ámbito familiar como laboral, sin embargo, el propio Estado debe de practicar la inclusión social de las personas que están en proceso de rehabilitación y reinserción social, caso contrario no causaría un efecto positivo, respecto a lo establecido en la norma frente a la realidad social.

3.4. Tentativa y consumación.

Pese a que, en la praxis en nuestra legislación ecuatoriana, no registra casos de sentencias condenatorias respecto a la tentativa, en delitos de enriquecimiento ilícito, es importante considerar que esto se debe a que la propia normativa penal en especie (COIP) por su estructura o espíritu de la ley no lo permite, sin embargo, considero que debo ser responsable en citar literatura jurídica de normativa comparada respecto a este tema.

En el orden de las ideas, vamos a referirnos a la acción típica del delito en estudio cuando se realiza el incremento injustificado de los bienes, derechos y/o activos al patrimonio del funcionario y/o servidor público, de su familia o de la persona interpuesta, o como podría ser de igual forma, con el hecho de asumir la titularidad de estos bienes muebles o inmuebles, derechos y/o activos, en este caso nos encontraríamos frente al injusto penal de enriquecimiento ilícito, mismo que

⁵⁶ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 1.- Finalidad. - Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador (2008). 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.

ha sido considerado por algunos autores como un delito de simple actividad,⁵⁸ pues dicho incremento o asunción de titularidad, se materializa cuando el sujeto activo adquiera derecho real o patrimonial, conforme a las reglas del derecho privado (Civil, de Propiedad, Tributario, etc...), sin que para ellos deba exigirse algún resultado adicional; para la asunción de titularidad, debe tenerse en consideración las formas de transferir el dominio, así como toda prueba documental extraída de instituciones públicas como privadas, Registro de la Propiedad o Bancos, en estos supuestos claro está que el órgano de persecución penal tendrá elementos de convicción de cargo en contra del sujeto activo, cuando este no sepa justificar el incremento de su patrimonio y/o el pago de sus pasivos.

De esa forma, al tratarse el delito de enriquecimiento ilícito como un injusto penal de mera actividad, donde se sanciona el acto consumado, en este tipo de delitos no existe la tentativa, siempre que se trate de negocios que se perfeccionaron con el acto jurídico. Hay que recalcar que, si por el contrario se requiere de varios actos para la consumación de este tipo de delitos, si es posible la tentativa en otras legislaciones como la peruana como por citar la casuística.

En este último supuesto, si el agente de los bienes, activos o derechos, lleva a cabo una serie de actos o negocios jurídicos desarrollados en entidades públicas o privadas con la finalidad de incorporarlos a su patrimonio, y se interrumpiera estos actos o su procedimiento, el *iter criminis* quedaría interrumpido también, y consecuencia de ello este delito (enriquecimiento ilícito) estaría sancionado en su grado de tentativa⁵⁹, según la doctrina citada y el jurista *Rojas Vargas*, y para mayor ilustración, citaremos un ejemplo para dilucidar cualquier inquietud: (ROJAS VARGAS F. , 1997)

Tal sería el caso, que un servidor y/o funcionario público a quien denominaremos sujeto activo o justiciable, este se encuentre realizando la tramitación para formalizar la adquisición de la propiedad de un bien inmueble, es decir realizando la inscripción en el Registro de la Propiedad o una minuta de promesa de compraventa, y en el transcurso o devenir del tiempo, el sujeto activo es glosado o notificado por la supuesta comisión de un delito como es el enriquecimiento ilícito, mediante el proyecto de auditoría interna de la Contraloría General del Estado y esta notificación suspende la tramitación y adquisición del bien inmueble y por ende se interrumpe el acto antijurídico, es ahí cuando el autor establece que existirá en el grado de tentativa del tipo penal en estudio, pero surge la problemática si este acto puede ser sancionado mediante el reproche penal.

⁵⁸ “son delitos de mera actividad aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella”. *ROXIN, Claus.*

⁵⁹ “En los delitos de simple actividad...cabe hablar de tentativa en aquellos hechos donde se observe fragmentación de actos”. *ROJAS VARGAS, Fidel. Actos Preparativos, Tentativa y Consumación del Delito. Pág. 477*

Así mismo, existen casos en los que el agente asume dicha titularidad únicamente “de hecho”, es decir sin formalismos ante ningún registro conforme lo dispone la ley, en este supuesto el sujeto activo requiere más de una acción para formalizar dicho incremento, sino llegará a realizar dichos actos necesarios para obtener la titularidad de estos derechos (transferencias de dominio), el delito igualmente será sancionado en grado de tentativa, es decir si lo tiene en su uso, goce y disfrute de su dominio, al bien inmueble, pero no ha sido registrado a nombre del sujeto activo, estaremos ante un delito pero en grado de tentativa.

Para reforzar la casuística indicada en líneas que antecede, citaremos al doctrinario peruano *Fidel Rojas Vargas*⁶⁰, quien refiere que es posible sancionar en estos delitos de enriquecimiento ilícito en grado de tentativa, por cuanto refiere que: “...Es admisible que se presenten actos de tentativa en la medida de incrementos fronterizos con los incrementos significativos...”. (ROJAS VARGAS F. , 1997)

Esto nos lleva al análisis, de considerar que estos delitos de enriquecimiento ilícito, según el autor antes citado, deberían ser sancionados en grado de tentativa, cuando este incremento del patrimonio, del servidor o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, es insignificativo por cuanto no afectan propiamente al patrimonio del Estado, en estos casos no sería típico por adecuación social y por tanto tampoco sería tentativa por cuando no es una acción intentada, tal como lo prevé nuestra legislación ecuatoriana que considera que el delito de enriquecimiento ilícito es de mera actividad, es decir de acciones consumadas.

De igual manera, los autores *San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Pescheira*, indican que no es posible el caso de tentativa, cuando no se evidencia un incremento desmedido y desproporcionado del patrimonio del sujeto activo, no hay motivo para que el derecho penal entre en acción. (SAN MARTÍN CASTRO, 2002)

En este caso, coincidimos con los autores antes mencionados, por cuanto dicha doctrina se aproxima a nuestra legislación ecuatoriana tal como lo explicaremos a continuación.

En este supuesto que antecede, en nuestra legislación ecuatoriana no aplicaría el grado de tentativa en razón que la normativa establece de manera diáfana, que para que adecue la conducta el justiciable al tipo penal de enriquecimiento ilícito, es necesario que se cumpla de manera estricta con los verbos rectores, dos aspectos vitales: a) Que su conducta sea de mera actividad y

⁶⁰ “Los tipos penales no coinciden necesariamente en sus momentos consumativos y que es la manera como estén redactados lo que va a determinar la concreta manifestación de la consumación, ya sea que esta se halle contemplada a nivel de resultado materia, simple actividad- inactividad o de consumación anticipada”. ROJAS VARGAS, *Fidel. Actos Preparativos, Tentativa y Consumación del Delito*. Pág. 413.

de resultado incremente injustificadamente su patrimonio y b) esto es con los montos establecidos en la normativa penal en especie (COIP), como puntualmente son doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, misma pena que se gradúa de acuerdo al incremento injustificado del patrimonio del sujeto activo, caso contrario no procedería si se trata de una cantidad ínfima o menor a la cantidad antes indicada, por tanto no podemos adecuar una conducta de tentativa porque simplemente nuestra normativa⁶¹, no lo permite en razón de lo explicado en líneas que antecede.

En este sentido para determinar la consumación del enriquecimiento, en el supuesto de que estos incrementos sean repetidos o continuos, realizados por el sujeto activo al ir incorporando de a poco estos bienes a su patrimonio, todos estos hechos se consideraran un solo delito continuado, pero cada acción será suficiente para considerar que el delito de enriquecimiento ilícito está consumado, razón por la cual hemos mantenido la postura de que este tipo de delito es considerado residual, por ello para mayor ilustración citaremos un antecedente jurisprudencial de la alta magistratura en Perú, del cual extraído lo pertinente con las consideraciones siguientes:

*Ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, se consideró que “esa figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consume cuando el agente se enriquece ilícitamente, eso es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico, que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo, a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas, o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí su nota de ilicitud del enriquecimiento que a los efectos de la concreción del enriquecimiento es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobre bienes que incrementan su patrimonio”.*⁶²

Para finalizar el presente subtema respecto a la tentativa frente al injusto penal de enriquecimiento ilícito, arribamos a la conclusión que lo establecido en

⁶¹ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 279.- Enriquecimiento ilícito.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años. Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones. Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años. Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años.

⁶² R.N. No. 2976-2004-Lima (San Martín Castro, Jurisprudencia y precedente penal vinculantes. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Pág. 652).

la doctrina y aplicación en la normativa peruana y colombiana, estas no se aproximan en cuanto a la aplicabilidad a la normativa ecuatoriana, tal como lo hemos expresado mi postura jurídica en líneas que antecede, por cuanto el verbo nuclear del tipo penal en especie, establece que para que se repunte al justiciable como autor de un hecho, este debe de pasar el umbral, es decir debe de cumplir un requisito como es el aumento injustificado de su patrimonio, siempre que sobrepase el monto de doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, en estos casos si se podrá activar el órgano punitivo jurisdiccional, caso contrario no hay adecuación de conducta antijurídica y menos aún responsabilidad.

3.4.1. Grados de participación. Autoría.

En el presente apartado, delimitaremos cuales son los autores y los demás partícipes, así como sus consecuencias jurídico penales⁶³. Judicialmente es difícil comprobar estos delitos, puesto que se producen escandalosas indulgencias y/o absoluciones. Para cometer estos delitos los autores deben poseer una absoluta astucia ya que el resultado se refleja en el incremento del patrimonio que tratan de ocultarlo para no comprobar la realización de estos delitos, por ello son considerados, delitos de cuello blanco, cuyos autores por lo general son personas de formación académica alta, servidores públicos en algunos casos con gran trayectoria, etc... por lo tanto el legislador ha creado una nueva figura que son las presunciones *Juris Tatum*⁶⁴ derivada de un hecho real.

Para la determinación de autores, debemos ubicarnos en la teoría del dominio del hecho, misma que tiene tres variantes: **a)** el dominio de la acción, **b)** de la voluntad, y **c)** el dominio funcional del hecho. Por consiguiente, para la individualización del autor material o directo, se tomará en consideración el dominio de la acción, para determinar el autor mediato, tomaremos en consideración el dominio de la voluntad y para los coautores del hecho delictivo, el dominio funcional de la acción, tal como lo explicaremos en el presente apartado. (ROXIN C. , Autoría y Dominio del hecho en el Derecho Penal. Traducción realizada por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo., 1998)

La teoría del dominio del hecho define al autor como aquel que ejerce el dominio del hecho dirigiéndolo a la realización del delito. Actualmente se entiende que el dominio del hecho asume tres formas diversas: **a)** dominio de la propia acción, **b)** dominio del hecho a través del dominio de la acción ejecutiva de otro

⁶³ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 41.- Participación. - Las personas participan en la infracción como autores o cómplices. Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal.

⁶⁴ Lo que resulta del propio derecho; mientras el derecho no sea controvertido. Se designa así las presunciones legales contra las cuales cabe prueba en contrario. *Enciclopedia jurídica*.

(autoría mediata), **c)** dominio conjunto con otro del hecho (dominio funcional del hecho; coautoría) y dominio de la acción de otros mediante un aparato organizado de poder⁶⁵. (BACIGALUPO, La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo., 2008)

La teoría del dominio del hecho, en su formulación más moderna, considera que es autor de un delito activo doloso el que domina el hecho y entiende que tal dominio se manifiesta en cuatro formas diferentes: como dominio de la propia acción dolosamente ejecutada, como el que se ejerce dominando la voluntad de otro que obra coaccionado o sobre la base de un error, como el ejercido a través de un aparato organizado de poder y como el ejercido funcionalmente mediante una aportación importante al delito ejecutado conjuntamente con otros. Los que participan sin dominar el hecho sólo son partícipes.⁶⁶

De lo que antecede, el punto importante es la determinación de quien ha tenido el dominio del hecho, para atribuirle su calidad de autor, sea directo, mediato o coautor⁶⁷, y a los demás sujetos que hubiesen participado del injusto penal, se les atribuye la calidad de cómplices, como lo establece nuestra normativa penal ecuatoriana⁶⁸.

Ya retrotrayéndonos a diversas doctrinas sustantivas penales, respecto a la autoría, las conductas delictivas son siempre realizadas por personas, pues para que se refute autor de un hecho estas tienen que tener conocimiento de antijuridicidad para que una conducta sea penalmente relevante⁶⁹, debe de amenazar o lesionar un bien jurídico protegido, así como también debe de reunirse el elemento objetivo del tipo penal donde se ejecuta voluntariamente con dolo⁷⁰

⁶⁵ Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona el 28 de marzo de 2008 en el XV Congreso de Estudiantes de Derecho Penal.

⁶⁶ La teoría del dominio del hecho sólo explica la autoría en los delitos dolosos activos; los delitos de omisión, los imprudentes y los delitos activos de infracción de deber tienen reglas diferentes (Confr. *S. Bacigalupo*, cit.)

⁶⁷ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 42.- Autores. - Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: 1. Autoría directa: a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata. b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo. 2. Autoría mediata: a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión. b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto. c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva. 3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.

⁶⁸ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 43.- Cómplices. - Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.

⁶⁹ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 29.- Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.

⁷⁰ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 26.- Dolo. - Actúa con dolo la persona que tiene el

una acción, también llamada la conducta.

Después de haber analizado de manera general, los elementos del tipo, en lo que respecta a la conducta de la autoría, podemos arribar ahora si, a la aplicación de la autoría frente al delito de enriquecimiento ilícito, y en ese sentido la determinación de la autoría y su participación, que más se aproxima al tipo penal en estudio es la teoría de dominio o acción y delitos de infracción de deber, pues este es el que más se ajusta a los verdaderos fines del derecho penal.

Hay diversos criterios para poder determinar la autoría o grado de participación en los delitos contra la Eficiente Administración Pública, cuyo sujeto activo es el servidor y/o funcionario público, pues nuestra legislación ecuatoriana indica de manera taxativa que a estos quienes tengan bajo su dominio el hecho antijurídico (aumento injustificado de su patrimonio o extinción de obligaciones) se podrá reputar o imputar el tipo penal de acuerdo a la adecuación de la conducta.

Respecto al tipo penal en estudio, es importante resaltar que en este tipo de delitos juega un rol muy importante la teoría, de los delitos de infracción de deber, considerando que el funcionario y/o servidor público será autor, por tener la calidad como tal, y en el caso de algún particular este podrá reputarse su participación en calidad de cómplice, considerando la teoría *extraneus*⁷¹, por cuanto este no tiene la calidad de funcionario público, sin embargo, es importante el análisis y estudio del injusto penal de acuerdo al grado de participación y de los elementos de convicción que cuente en nuestro caso, el representante de la Fiscalía General del Estado, para que sustente su acusación y lo propio debe el operador de justicia de analizar la situación jurídica de cada procesado de acuerdo a la calidad que ostenta como servidor público frente a otro participe que no ostente esta calidad.

En este sentido como ya se ha indicado los delitos de enriquecimiento ilícito, son delitos especiales de infracción de deber⁷², éstos se caracterizan precisamente por la posición personal asumida por el sujeto frente a la administración pública⁷³, en este sentido de que el mismo tiene el deber específico de comportarse adecuadamente, es decir velando por la funcionalidad, prestigio, y confianza de la Administración Pública frente a los administrados.

designio de causar daño.

⁷¹ Persona que interviene en un delito especial y no reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autor de dicho delito.

⁷² En los llamados delitos de deber, cuyo tipo presupone una especial posición del deber, la posibilidad de la autoría depende de la lesión de este deber especial típicamente especificado, cometida por quien actúa o permanece inactivo. *WESSELS, Johannes*.

⁷³ El injusto de los delitos contra la Administración, cometidos por funcionarios públicos, se fundamenta en que los funcionarios, son personas especialmente obligadas, por una vinculación con la Administración Pública. Se trata, por tanto, de una prestación positiva con el bien jurídico. El cuidado especial, solidario e institucionalmente asegurado viene aquí asegurado por la asunción de tareas públicas. *SUAREZ GONZALEZ, Carlos*.

Precisamente, las citas antes indicadas nos ayudan a tener mayor claridad, para la adecuación de la conducta del justiciable, cuando este actúa de manera contraria a su deber, por lo que el injusto penal consumado depende de la voluntad del mismo es decir de su conducta penalmente relevante exteriorizada. (WESSELS, 1980) (SUAREZ GONZALEZ C. , 2001)

A manera de conclusión, es importante determinar dos aspectos que al unísono no deben de estar desvinculados tal como a continuación lo indico: **a)** para que se repute el tipo penal de enriquecimiento ilícito, el sujeto activo debe de tener la calidad de servidor y/o funcionario público; **b)** y que su actuar es contrario a la funcionalidad del desempeño de su cargo, es decir actuar contra derecho (incrementando su patrimonio de manera injustificada) infringiendo la correcta Administración Pública, que se le ha encomendado.

De lo expresado es importante establecer que el justiciable frente a este tipo de delito, considerado residual, tiene que mantener una conducta delictiva, enmarcada en el grado de participación, pues nuestra normativa penal interna, se subdivide en tres tipos de autoría, labor que le corresponde individualizar al titular del ejercicio de la acción pública penal⁷⁴, y al operador de justicia corroborar todas las pruebas aportadas por la Fiscalía General del Estado, analizarlas y resolver de acuerdo a la verdad formal.

3.4.2. Coautoría.

De igual forma seguiremos ubicándonos en la teoría del dominio del hecho, para la determinación de la coautoría, en este caso en la variante del dominio funcional, “...su peculiaridad reside en que, además ha habido un acuerdo de distribución funcional de las labores a cumplir respecto a la realización del delito...”. (BUSTOS RAMÍREZ, 1991)

Es importante resaltar, que el justiciable tiene que tener su posición o calidad de servidor y/o funcionario público, para que este responda ante el tipo penal en estudio, como lo es el enriquecimiento ilícito, pues lo particular en estos casos, es que el sujeto activo tenga dominio y por ende el resultado de enriquecerse o aumentar de manera injustificada su patrimonio, a costa del cargo que ostenta, es decir su vinculación a una institución del Estado, sea el caso de quienes están inmersos en el sistema de justicia, jueces, fiscales, defensores públicos o administrativos, es decir aquellos que mediante concurso de mérito y oposición estén ejerciendo dichas funciones o también los funcionarios públicos de libre remoción o los electos mediante el voto popular, en estos casos específicamente si

⁷⁴ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

se aplica el reproche penal del tipo en estudio, en calidad de autor, como ya lo hemos enunciado en el numeral que antecede.

Para referirnos en este apartado del coautor, no se podría adecuar su conducta al tipo penal en especie, por lo siguiente: **a)** para ser justiciable, su condición es estar vinculado a la Función Pública, caso contrario se lo tendría que perseguir a un particular por otro tipo penal que adecue su conducta o *extraneus*, **b)** en este tipo de delitos, la comisión del hecho delictivo es individual, en la esfera de su dominio y tiene que adecuar su conducta al verbo rector del tipo penal, de enriquecimiento ilícito, como es el aumento injustificado en su patrimonio, es decir del autor directo como tal.

Para ilustrar nuestra explicación, en la normativa penal peruana, de manera taxativa, establece: “...*el artículo 401 del código penal, hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito en función del sujeto que se enriquece, como al modo en que se produce; así la figura solo es atribuible al sujeto público que se enriquece, al margen de la razón por el cargo...*”⁷⁵, de lo expresado, solo se puede reputar la ilicitud de una conducta, como sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito, al servidor público, en razón de que aprovechándose de su condición (ejercicio de sus funciones) incrementa ilícitamente su patrimonio.

A manera de síntesis, cuando dos o más personas en el supuesto caso que se pusieran de acuerdo (dominio funcional), para la comisión de un delito, infringiendo cada una de ellas su deber o responsabilidad (honestidad, probidad, transparencia, administrar la cosa pública), en este caso como lo explicamos en detalle en el párrafo que antecede, no se podrá reputar la realización de la conducta de enriquecimiento ilícito en forma conjunta, pues incorporar bienes, aumentar patrimonio, extinguir deudas, asumir derechos de propiedad, todo esto se realiza de manera individual, y por ende la responsabilidad, será de cada autor del hecho (directo, inmediato o ejecutivo), por tanto queda claro de manera categórica que si en el evento que existan varios sujetos activos, en la comisión del delito en estudio, estos podrán reputarse como cómplices (*intraeus*) o de acuerdo al análisis de cada circunstancia, se deberá investigar por el tipo penal que adecuar su conducta por el grado de participación, como enriquecimiento privado, lavado de dinero, etc...

3.4.3. Autoría Mediata.

Ahora bien, para entender claramente la participación de los sujetos activos dentro de los delitos de enriquecimiento ilícito, no nos vamos a referir a la determinación del instrumento dentro de la acción penal, sino que en estos casos

⁷⁵ Ejecutoria suprema del 6 de diciembre de 2002, Exp. No. 3071-2001-Puno. (SANCHEZ.)

se adquiere la calidad de autor cuando se cumple con los requisitos esenciales exigidos dentro de la tipificación penal, por tanto el justiciable debe estar en el cargo como servidor o funcionario público, estar sujeto a derechos y obligaciones frente a la Administración Pública, por tanto el sujeto activo dentro de este tipo de delito, debe tener una relación de deber (cuidar la cosa pública), ergo debe encontrarse en el rol de garante para la Administración Pública, para fundamentar o adecuar la acción a la autoría.

En el delito en estudio, el sujeto activo en el supuesto de asumir la titularidad de los bienes o derechos e incorporarlos en su patrimonio, o extinguir obligaciones, esa conducta de incremento injustificado, es una acción directa realizada por sí mismo, por comisión u omisión, pero asumida por este sujeto activo, más no por terceros pues como hemos analizado ampliamente en la presente obra el elemento volitivo del verbo rector del enriquecimiento ilícito es el incremento injustificado a su propio patrimonio, lo accesorio en el grado de participación podemos definirlo en calidad *intraneus*, más no de autor.

Por tanto, el delito en alusión, podría denominarse de propia mano, por que quienes lo realizan es el funcionario o servidor público, quienes deben realizar su propio enriquecimiento y no en favor de otro, porque este incremento injustificado a su patrimonio, debe ser asumido personalmente no por terceras personas. Sino no podría configurarse este tipo de delito, de enriquecimiento ilícito.

Por el contrario, si la acción de enriquecerse se lo encargaran a terceras personas, estas harían las gestiones o actos propios de la incorporación de los bienes al patrimonio principal del agente del delito (servidor público), ello no significa que el tercero este ejecutando la conducta típica ya que él no se está enriqueciendo, solo estaría ayudando, colaborando o coadyuvando con acciones mínimas a la acción principal del enriquecimiento del sujeto activo, servidor o funcionario público, por cuanto solo se le encomendó la labor de estas acciones configurativas del delito principal, y siendo así se tendrá que analizar el grado de participación, como cómplice, e inclusive haciendo un análisis más profundo, podríamos adecuar su conducta a otro tipo penal, testaferrismo, lavado de dinero, enriquecimiento privado, por cuanto este es un particular y no un servidor público.

Para finalizar entendemos que, en el delito de enriquecimiento ilícito, no se podría determinar un autor mediato, por cuanto el servidor público, materia de análisis no podrá hacer el enriquecimiento a través de terceros, por que únicamente se asume la titularidad de los bienes y derechos mediante un acto propio (escrituras públicas, registros propios), por lo que en estos casos no es posible actuar por medio de un instrumento y por tanto no será posible la autoría mediata⁷⁶, como lo hemos venido manteniendo en el presente apartado, donde

⁷⁶ En los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante acción o engaño a otro, o en el marco de aparatos de poder organizado. Por el contrario, en los delitos de infracción

hemos explicado con casuística y también soportado con literatura jurídica que se alinea al criterio del suscrito. (ROXIN C. , 1998)

3.4.4. Cómplices.

Nuestra legislación ecuatoriana, solo reconoce el grado de participación, de autor y cómplice, a partir de la publicación de la normativa penal en especie, código orgánico integral penal, no reconociendo el encubrimiento, sino que ahora este grado de participación es autónomo como delito, considerado como fraude procesal⁷⁷ en su calidad de autoría del tipo penal en alusión.

La complicidad, corresponde al justiciable que de manera complementaria faciliten o cooperen en actos secundarios de forma dolosa, con acciones accesorias o voluntarias a la perpetración de un injusto penal, que de igual forma se hubiese consumado la acción sin ellos, lo que nos conlleva a determinar que en este caso el grado de participación siempre será secundario y no directo.

Para ilustrar nuestro criterio hemos de insertar de manera textual el criterio del jurista peruano *Gálvez Villegas*, quien se inspira en algunas memorias del maestro Claus Roxin, mismo que infiere lo siguiente: “...Como es conocido, la participación o complicidad es una extensión a la punibilidad, pues los tipos penales únicamente describen acción y persona del autor y se sustenta en que la participación del cómplice constituye un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico e infringe el deber general que toda persona tiene frente a la sociedad de no participar o colaborar en la realización de actos prohibidos penalmente...”. (GALVEZ VILLEGAS T. , 2001) (ROXIN C. , 1998)

De lo expresado por los juristas citados, queda ratificado la posición del grado de participación, de complicidad (*extraneus*) en los delitos de infracción de deber, como es el que nos ocupa, no interesa el dominio del hecho para determinar la calidad de autor, participe o cómplice, pudiendo darse el caso que el sujeto que no tiene el deber, tenga el dominio del hecho y sin embargo no sea considerado como autor, sino únicamente participe o cómplice como lo hemos venido sosteniendo en el presente acápite; puesto que lo que se analiza para la comisión

de deber para la autoría mediata, no se requiere el dominio del hecho. *ROXIN, Claus.*

⁷⁷ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 272.- Fraude procesal. - La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Con igual pena será sancionada quien conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecerlos.

del delito de enriquecimiento ilícito, es propiamente la infracción del deber especial, y precisamente este sujeto (cómplice) no tiene dicho deber.

Para finalizar debemos de indicar que únicamente serán determinados como partícipes (cómplices) todos los que concurren a la perpetración del delito, es decir al enriquecimiento del funcionario y/o servidor público, siempre y cuando no ostenten esta calidad o estén en esos cargos, porque no reúnen los requisitos exigidos para ser autores aun cuando hubieran manejado el desarrollo de la consumación del injusto penal. Afianzando nuestro criterio dejamos por sentado que los extraneus no pueden ser autores de este delito en razón de su grado de participación, pues en el delito en estudio, el enriquecerse ilícitamente tiene que ser por parte del servidor público (justiciable), pues el beneficio debe ser propio y no para terceros.

3.5. Concurso de delitos.

En el siguiente apartado trataremos los casos de concurso ideal y real de infracciones, tratando de analizar la doctrina respecto al tipo penal de enriquecimiento ilícito y la postura personal del suscrito, en torno a la normativa nacional y comparada, tal como lo explicaremos a continuación:

Concurso Ideal de Infracciones.

Nos referiremos al concurso ideal de infracciones⁷⁸, cuando una sola acción configura varios delitos, o cuando infringe varias normas penales establecidas en el cuerpo legal en especie.

Respecto a la doctrina española, dentro del concurso ideal de infracciones hay un supuesto denominado como concurso medial⁷⁹, mismo concepto que es definido por el jurista *Manuel Cobo*, como: “...*Se habla de concurso medial, cuando se comete una infracción penal como medio necesario para obtener una finalidad que a la vez es configurativa de otra infracción penal. Esto es, se comete un delito como medio para cometer otro...*”. (COBO DEL ROSAL, 1996)

Ahora ya ubicándonos en el delito en estudio, como es el delito de enriquecimiento ilícito, mismo que se configura a partir del aumento injustificado del patrimonio del sujeto activo, esto es el servidor y/o funcionario público, cuando esta acción a la vez de configurarse como enriquecimiento al haberse apropiado de los bienes del Estado (cosa pública), también se adecua al delito de peculado, por cuanto mal administro estos bienes, se apropió de caudales públicos y un incremento patrimonial configurativo del delito de enriquecimiento ilícito. Consecuentemente, podríamos analizar un concurso ideal de infracciones, porque

⁷⁸ Código orgánico integral penal. Artículo 21.- Concurso ideal de infracciones. - Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave.

⁷⁹ Consistente en la comisión de un delito con la finalidad de lograr la comisión de otro.

la misma acción del sujeto activo estaría infringiendo más de una norma penal sin embargo estas conductas son subsumibles en una misma acción que conlleva a determinar el delito de enriquecimiento ilícito, por cuanto este tipo penal es considerado como un delito residual en nuestra normativa penal ecuatoriana y por lo tanto sería aplicable.

Concurso Real de Infracciones.

Así mismo, nos referiremos al concurso real de infracciones⁸⁰, cuando varias acciones atribuidas a un mismo sujeto activo y sustanciadas dentro de un mismo proceso, configuran a la vez, delitos autónomos e independientes, siempre que exista un elemento vinculante entre ambos o de conexidad⁸¹.

De este elemento de conexidad, nos definió el maestro *Bacigalupo*, como: *“...El problema del concurso de delitos presupone, por el contrario que ya se ha resuelto la relación de los tipos entre sí y de lo que se trata es de saber si la acción se subsume bajo un tipo penal o bajo varios (concurso ideal) y además si el autor ha realizado varias acciones o varias lesiones de la ley penal (concurso real)...”* (BACIGALUPO, 2008)

De igual forma, en el delito en estudio, sería posible en otras legislaciones, no precisamente en la ecuatoriana, la aplicabilidad del concurso real de infracciones, en razón de que el sujeto activo valiéndose de sus funciones como servidor público, realiza conductas penalmente relevantes, infringiendo su deber especial de cuidado a la cosa pública, como puede ser la comisión de hechos delictivos autónomos e independientes, como el peculado, concusión, colusión ilegal o cualquier otro delito de corrupción realizados por funcionarios, y si además realiza la acción de incrementar injustificadamente su patrimonio, con bienes, derechos o activos provenientes de otros delitos concurrentes, como por ejemplo el caso de un servidor público que logra un incremento patrimonial injustificado de dos millones de dólares, y por el delito concurrente (peculado, concusión, etc...) ha obtenido un beneficio solo de mil dólares, en este caso ambas conductas son concurrentes y se daría el concurso real de infracciones.

A manera de conclusión, el tipo penal de enriquecimiento ilícito opera cuando la conducta desviada del justiciable adecue a la normativa, es decir aumente injustificadamente su patrimonio y para que esto ocurra debe de superar

⁸⁰ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 20.- Concurso real de infracciones. - Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.

⁸¹ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 406.- Conexidad. - Cuando se cometen infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó la infracción más grave. Hay conexidad cuando: 1. Se imputa a una persona la comisión de más de un hecho punible con una o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo. 2. Se imputa a una persona la comisión de varios hechos punibles si se han cometido con el fin de consumir u ocultar otros.

cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, tal como establece la norma. De no ser así, se podría sancionar esta acción por un delito sea de peculado, cohecho, concusión u otro injusto penal vinculado al capítulo de la Eficiente Administración Pública, siempre y cuando sea el delito autónomo y se cuente con elementos probatorios para poder perseguirlo por la vía penal.

Dejo en clara la posición del suscrito, que el delito de enriquecimiento ilícito en nuestra legislación acoge la posición de la doctrina que lo considera a este tipo penal como residual, por lo que no serían aplicable el concurso real de infracciones, a excepción de que sean acciones interdependientes y autónomas, como para citar en la casuística indicaremos: en la oficina de A, quien es servidor público, se encuentra una gran cantidad de dinero que adecuaría su conducta al delito de enriquecimiento ilícito, sin que este pueda justificar su procedencia, así como también se encuentra un arma de fuego sin el debido permiso, y cédulas de identidad con distintos nombres y la fotografía del servidor público en cuestión.

En este caso, podremos definir según la normativa penal en especie y la doctrina, que se trata de delitos autónomos, que el accionar del sujeto activo en cada uno de los delitos identificados, no se interrelacionan el uno con el otro, por lo que podríamos aplicar el concurso real de infracciones, el sujeto activo responderá por cuerda separa por cada tipo penal, es decir se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.

De lo explicado en líneas que antecede y con la casuística ilustrativa, es procedente el concurso real de infracciones, sin embargo pretender perseguir al justiciable y/o servidor público, para sancionar por ejemplo, el delito de peculado y enriquecimiento ilícito a la vez, vulneraría el principio de *non bis in ídem*⁸², que es sancionar dos veces el mismo hecho punible, porque como lo explicamos a lo largo del presente capítulo, el delito de enriquecimiento ilícito es residual y el incremento injustificado de su patrimonio, sería producto de actividades inherentes a las funciones del funcionario público y/o justiciable.

3.6. Reparación integral del Estado como víctima.

Previo al análisis del Estado como víctima, dentro del proceso penal y particularmente en los delitos de enriquecimiento ilícito, la definiremos como lo hizo el maestro *Guillermo Cabanella*: "...El sujeto pasivo del delito y de la persecución indebida...". Así mismo, definió que el Estado es la "...sociedad

⁸²Código orgánico integral penal (2014). Art. 5 Núm. 9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.

jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a las similares exteriores...”. (CABANELLA DE TORRES, 1993)

De carácter general a especial, el concepto de víctima fue conceptualizado en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que de ahora en adelante la denominaremos con los acrónimos CIDH, en su artículo 2 como: *"...significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo a la sentencia proferida por la Corte..., sistema en el que en varios pronunciamientos ha reconocido la responsabilidad estatal en diferentes vulneraciones..."*. Respecto a ello, para algunos procesalistas consideran que el Estado es quien realiza más vulneraciones a los Derechos Humanos de los individuos, sean personas naturales o jurídicas, pues en la mayoría de ocasiones, al decir de algunos autores, el Estado ha sido sancionado por la CIDH, por la afectación a las derechos e intereses de la víctima como persona individual.

Dentro de los estudios en materia de victimología, las víctimas han sido personas naturales que sufren algún daño o menos cabo por el hecho punible, pero este grupo ha ido en aumento, considerando hoy en día, como víctimas además de los grupos de personas naturales y ahora también las personas jurídicas. Modificación realizada también en nuestro ordenamiento jurídico penal, por cuanto el código orgánico integral penal, determinó textualmente que: *"...Art 441- Víctima. - Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas: (...) 6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción. (...)"*

Del precepto legal antes mencionado, se desprende que no solo es el Estado con toda su estructura contractual considerado como víctima, sino también las empresas o instituciones del Estado, que en el delito en estudio son las más afectadas. Esta modificación, es contraria a la doctrina general, puesto que el Estado siempre ha tenido un rol de protección y tutela judicial respecto a las víctimas que han sido afectadas por las acciones delictuales, siendo obligación y prioridad la atención para reparar a las víctimas, mediante la reparación integral, el daño emergente y lucro cesante.

Continuando con el análisis del delito de enriquecimiento ilícito, podríamos indicar que los resultados de los mismos afectan directa o indirectamente sobre la Eficiente Administración Pública en el Ecuador, por tanto esta conceptualización de Estado como víctima, puede en algunos casos confundirse al Estado como ofendido, tal como lo explicaremos a continuación: a) en el primer supuesto, para algunos procesalistas el sujeto pasivo, se lo considera al Estado, cuando el sujeto activo “justiciable” cometa un ilícito y afecte a la Eficiente Administración Pública y b) en el segundo supuesto, se considera ofendido a todo el conglomerado, es decir a su población, quienes producto de la ilicitud del servidor público este es

afectado en la producción de bienes y servicios que el Estado debe otorgarle a sus conciudadanos.

Nuestro Estado ecuatoriano, para tener armonía con la legislación supranacional y los precedentes jurisprudenciales, ya dictados por la CIDH, donde se sancionaba al Estado, por la vulneración a los DDHH de los colectivos, personas naturales o jurídicas, por tanto tuvo que expedirse una nueva ley como es el código orgánico integral penal, con fecha 10 de febrero de 2014, donde ya por primera ocasión en la normativa penal en especie, ya se empleaba el termino de víctima y reparación integral⁸³ cuyo objetivo obedecía que nuestro Estado cumpla con los compromisos internacionales, del cual hemos sido adherentes, firmado y ratificado, mismos compromisos que tenían que honrarse e insertarse en la normativa penal ecuatoriana.

Así mismo, nuestra legislación ecuatoriano guarda afinidad con los precedentes jurisprudenciales del CIDH, en razón que por primera ocasión, en la normativa penal en especie COIP, se le da un protagonismo y reconocimiento al categorizar al sujeto pasivo como víctima al Estado⁸⁴ como tal, más aún en tipos de delitos que atenten al bien jurídico protegido como es la Eficiente Administración Pública y que en la actualidad, se ha sentado jurisprudencia con las sentencias por los Jueces de Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en delitos de corrupción especialmente del tipo penal de enriquecimiento ilícito, donde se ha dispuesto la reparación integral a la víctima⁸⁵, en este caso al Estado ecuatoriano, como para ilustrado el presente apartado, nos referiremos al proceso penal por enriquecimiento ilícito de funcionario público, No. Juicio 17721-2017-00199⁸⁶, declarándose culpable a P.M. D.C. e imponiéndole la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito. (788.855,94 US dólares), así como también las disculpas públicas en los periódicos de mayor circulación del país como una de las medidas de reparación integral.

A manera de conclusión, podemos indicar que al Estado se lo considera como víctima e inclusive por intermedio de sus representantes legales, se les

⁸³ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 77.- Reparación integral de los daños. - La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador (20089). 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.

⁸⁵ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 78.- Mecanismos de reparación integral. - Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son: 3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.

⁸⁶ <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

acepta presentar acusación particular⁸⁷ e intervenir a favor del Estado ecuatoriano, solicitando diligencias, mediante la actividad probatoria propia dentro de un proceso penal. Por ello la importancia dentro de los delitos de corrupción contra la eficiente Administración Pública, que los representantes de las instituciones del Estado, ejerzan una acusación particular activa, para recuperar respecto a los dineros o bienes que le pertenecen al mismo, y que el sujeto activo defraudó con su ilicitud, al momento de haber abusado de su cargo para aumentar injustificadamente su patrimonio.

3.7. Extinción de la acción penal.

La extinción de la acción penal, establecida en la normativa penal ecuatoriana en su artículo 416, indica que la acción penal se extingue por varias causales, esto es: Por la amnistía, remisión o renuncia libre y voluntaria de la víctima, desistimiento o transacción, en los delitos que procede el ejercicio privado de la acción; una vez que se cumpla de manera íntegra con los mecanismos alternativos de solución de conflictos al proceso penal; muerte de la persona procesada; prescripción. Ahora bien, vamos a ir analizando algunos supuestos:

De la amnistía. –

En el caso de la amnistía⁸⁸, es decir cuando el servidor y/o funcionario público, en los casos de enriquecimiento ilícito, si este ha sido beneficio con la promulgación de una ley de amnistía, por lo cual se lo exime de responsabilidad penal, significaría que el Estado renuncia a su poder punitivo y a todos los efectos del delito, siendo así que en los casos de índole político son aplicables estas causales de extinción. Pero en el caso que nos ocupa, cuando el sujeto activo falta a sus deberes especiales y/o a su rol de garante frente a la Administración Pública, incrementando su patrimonio de manera indebida, podríamos aceptar la acepción de la causal en alusión, más no que cesen las demás consecuencias jurídicas, tanto administrativas como el cese de funciones o destitución, como las civiles accesorias que serían algunas como el decomiso, a fin de recuperar los bienes o dineros que se sustrajo o aumento de su patrimonio, y así como resarcir el daño a la víctima como sería el Estado.

Por la muerte del justiciable. -

En el caso de la muerte de la persona procesada, debemos tener en consideración que la responsabilidad penal es personalísima y la muerte pone fin

⁸⁷ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 432.- Acusación particular. - Podrá presentar acusación particular: La víctima como entidad u organismo público, podrá acusar por medio de sus representantes legales o de sus delegados especiales y la o el Procurador General del Estado, para las instituciones que carezcan de personería jurídica, sin perjuicio de la intervención de la Procuraduría General del Estado.

⁸⁸ Dentro del derecho penal, se conoce como amnistía al perdón que se otorga por ley especial, mediante la cual se anula el carácter delictuoso de ciertas infracciones.

a la personalidad del sujeto activo o justiciable, en este supuesto no habría inconveniente en la aceptación de esta causal de extinción de la acción penal, pero en el ámbito civil, si habría la vía para poder solicitar la reparación integral de la víctima, que en los delitos de enriquecimiento ilícito, sería el Estado, puesto que el código civil ecuatoriano⁸⁹, establece que los herederos aceptan tanto los activos como los pasivos de una herencia, en este caso la obligación de resarcir los daños causados por el sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito. Así mismo sucede en cuanto la sentencia se encuentra ya dictada y ejecutoriada, tendrán que los herederos resarcir el daño, dentro de los límites de la herencia y la formalidad del debido proceso.

De la remisión. -

En los demás casos de remisión⁹⁰ o renuncia libre y voluntaria de la víctima, desistimiento⁹¹ o transacción, en los delitos que procede el ejercicio privado de la acción, más no en delitos de acción pública, como es el delito de enriquecimiento ilícito, no cabe conciliación ni los demás mediante mecanismos alternativos de solución de conflictos al proceso penal, a excepción de lo que determina la ley.

De la extinción. -

En el caso de extinción de la acción penal por prescripción de la acción penal, procede en todos los delitos a excepción de los que establece el imperio constitucional, como peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, mismos que son imprescriptibles⁹². Es importante resaltar que nuestra legislación ecuatoriana prevé, la prescripción de la acción y de la pena, en ambos supuestos queda claro nuestra posición, que no procede la aplicación de este beneficio para dar termino al conflicto legal o la búsqueda de la sanción punitiva, cuando se trate de delitos que hemos mencionado y específicamente, del delito en estudio, como es el de enriquecimiento ilícito.

⁸⁹ Código civil ecuatoriano (2005). Art. 993.- Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

⁹⁰ Nuestro Código Civil no la define, pero podría entenderse como una condonación, una forma de perdonar la deuda, o dicho de forma más técnica, es el acto jurídico por el cual el acreedor renuncia a los derechos derivados de la obligación, liberando al deudor de la carga de la misma. En derecho penal, podríamos indicar que es el perdón de la acción penal.

⁹¹ Terminación de un proceso por el que el actor manifiesta su voluntad de abandonar su denuncia.

⁹² Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Para mayor ilustración de lo expresado en el párrafo que antecede, considero importante recurrir a la cita propuesta por el jurista *Manuel Ossorio* quien refiere que la prescripción es: “...En Derecho Penal, se refiere la prescripción, a la extinción de la responsabilidad por el transcurso del lapso fijado por el legislador para perseguir el delito o la falta, incluso luego de quebrantada una condena...” (OSSORIO, 2006)

Para concluir con este capítulo, fue importante resaltar la descripción típica del sujeto activo y/o justiciable como es el servidor público, en razón de su conducta desviada y de defraudar la confianza otorgada a este para administrar la cosa pública. También se resaltó la imposibilidad de adecuar conductas típicas cuando no ostentan el cargo de funcionario público, quedando la posibilidad de perseguir a terceros en calidad de intraneus, más no como autor, porque el verbo rector y el elemento volitivo de una conducta antijurídica por parte del justiciable, es atribuible cuando este, de manera injustificada aumenta su patrimonio en beneficio propio, por cuanto el injusto penal en estudio es considerado delito residual, sin embargo quedo evidenciado que con sus excepciones es aplicable el concurso real e ideal de infracciones, tal como quedo analizado y sustentando en este apartado. Y como apartado final las formas de extinción de la acción penal con sus excepciones, respecto al injusto penal de enriquecimiento ilícito.

CAPITULO IV: ASPECTOS PROCESALES Y PROBATORIOS

4.1. El estado de inocencia frente al juzgamiento en ausencia en el delito de enriquecimiento ilícito.

En el presente apartado vamos a resaltar el estatus intrínseco de inocencia frente a la actividad probatoria dentro del injusto penal de enriquecimiento ilícito y para ello debemos de recordar las garantías constitucionales, es decir el principio limitador del derecho penal que el propio Estado se autoimpone, como es el estado de inocencia⁹³. Ciertos doctrinarios procesalistas consideran que la inocencia no se presume, pues lo que se debe de presumir es la culpabilidad y no a la inversa, tal como lo prevé la norma jerárquica con sujeción a la jurisprudencia vinculante de la Corte Americana sobre Derechos Humanos, donde se establece que garantías procesales en cuanto sean compatibles, serán exigibles no sólo en los procesos penales, sino en otras materias de distinta especie, siempre que esté en conflicto los Derechos Humanos del legítimo activo.

Por consiguiente, de lo expresado en líneas que antecede, podemos afirmar que la presunción de inocencia es una garantía procesal irrenunciable y aplicable a todos los tipos de procesos. Esta garantía debe de ser respetada por el órgano punitivo, en este caso la Fiscalía General del Estado, titular del ejercicio de la acción pública penal, quien tiene a su cargo la presunción punitiva o carga de la prueba, mediante la mínima actividad probatoria.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ha señalado que en la presunción de inocencia⁹⁴ subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. En tal sentido, se ha manifestado que esta garantía requiere que una persona no pueda ser sancionada, así también se debe mantener la reserva, ni mancillar su honor mientras no exista prueba debidamente anunciada, contrastada y practicada en un proceso penal, mediante la actividad probatoria.

Ahora si ubicándonos respecto a la normativa penal ecuatoriana en especie, dentro del sistema oral acusatorio, se le ha conferido la potestad constitucional a la fiscalía general del Estado, como representante de la sociedad para perseguir delitos o conductas desviadas y en virtud de lo comentado previamente, como responsable del ejercicio de la acción pública penal, a la fiscalía es quien le corresponde organizar y dirigir la investigación, pues tiene bajo su responsabilidad la carga de investigar, esclarecer los hechos indagados e

⁹³ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Art. 12. Toda persona acusada de delito tiene derecho a la presunción de su inocencia.

⁹⁴ Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969). Artículo 8.2. Garantías Judiciales. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

individualizar a los partícipes del cometimiento de un delito, como lo indicó Salinas. Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano la actuación del fiscal se sustenta dentro del capítulo tercero del código orgánico integral penal, por lo tanto, es uno de los órganos independientes de la función judicial encargada de la persecución penal⁹⁵ y de imponer la respectiva sanción al infractor con sujeción a los principios de objetividad y de debida diligencia.

Del criterio expresado, es importante resaltar que la presunción de inocencia obliga a todos los operadores de Justicia a garantizar que las personas procesadas, a ser tratadas como inocentes hasta que se demuestre lo contrario, fuera de toda duda razonable⁹⁶ y mediante una sentencia en firme, tal como lo refiere la normativa ecuatoriana y los tratados internacionales o normas erga omnes.

Respecto a la materia penal en especie, la inocencia es un estado que le asiste a un ser humano, desde que nace, se desarrolla en su entorno hasta que muere y manteniendo esa postura, cualquier duda siempre aplicada a favor del justiciable, mediante el principio de igualdad⁹⁷, consagrado en la normativa penal, puesto no se puede etiquetar a una persona indiciada o procesada en calidad de culpable, mientras no exista una sentencia judicial pasada en autoridad, es decir debidamente ejecutoriada por el ministerio de la ley, del cual bien pudiéramos citar al procesalista ecuatoriano *Zavala Baquerizo*, quien al respecto indica textualmente lo siguiente: “...*La inocencia no es una presunción; es un bien jurídico que vive en el hombre y que genera un derecho subjetivo, con características propias que le permiten exigir la garantía del Estado. El bien jurídico de inocencia vive en el ser humano desde que nace hasta que muere...*”. (ZAVALA BAQUERIZO, 2000)

En contraposición, al criterio del jurista que antecede, recurriremos al criterio del procesalista Dr. *Ferrajoli*, mismo que refiere que la presunción de inocencia y garantía de libertad del procesado, es: “...*El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también es decir, sobre todo por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas o artimaña* ,

⁹⁵ Código orgánico integral penal (2014). Art. 411.- Titularidad de la acción penal pública. - La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada.

⁹⁶ Código orgánico integral penal (2014). Art. 5. Principios procesales. Numeral 3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

⁹⁷ Código orgánico integral penal (2014). Art. 5 numeral 5.- Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.

construyendo acusaciones o manipulando las pruebas a sus espaldas...".
(FERRAJOLI, 1995)

Coincidiendo en parte con ambos juristas (*Zavala y Ferrajoli*), no es correcto procesalmente hablando que al justiciable se lo juzgue en ausencia en delitos contra la Eficiente Administración Pública, puntualmente los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, por cuanto los mismos son imprescriptibles⁹⁸, y resultaría inoficioso en nuestro país pretenderlos juzgar en ausencia sin derecho a la defensa, rompiendo el principio de inmediación que le asiste a todo justiciable, en contraposición del debido proceso, al principio de contracción y de concentración.

De lo expresado, Ecuador ha suscrito compromisos internacionales y siendo adherente (ratificado convenio), donde se reconoce el estado de inocencia de los ciudadanos así como también el derecho a la libertad personal, a ser comunicado el justiciable desde su detención, durante el procesamiento y juzgamiento, mediante las garantías jurisdiccionales establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que nuestro Estado sin reserva o excepción alguna ratificó en todas sus partes dicho compromiso antes descrito, pues resultaría contradictorio que la constitución y la normativa penal vigente (COIP)⁹⁹ mantengan la postura del juzgamiento en ausencia, en clara contraposición con normativas erga omnes que son consideradas de inmediata aplicabilidad, de clausula cerrada que no permiten interpretación en contrario en la mencionada convención CADH¹⁰⁰.

A manera de conclusión del presente apartado, se analizó el principio de inocencia frente al delito de enriquecimiento ilícito, así como también una breve crítica respecto al juzgamiento en ausencia, en razón de los mismos postulados internacionales de derechos humanos y demás convenios inherentes al debido proceso, derecho a la defensa, que abordaremos específicamente en los siguientes

⁹⁸ Código orgánico integral penal (2014). Art. 16 num.4.- Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.

⁹⁹ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 610.- Principios. - En el juicio regirán, especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución.

¹⁰⁰ Comisión Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

subtemas del presente capítulo.

4.2. Inversión de la carga de la prueba.

Actividad probatoria. -

Previo al análisis de la inversión probatoria, resulta importante determinar que la prueba en el proceso penal se constituye como un derecho constitucionalmente protegido. Se debe practicar conforme a las normas que rigen el procedimiento penal, dando cumplimiento a los principios procesales del debido proceso.

Dentro de la doctrina se considera a la actividad probatoria como meramente exclusiva de los sujetos procesales, quienes deben tener mediante el principio de contradicción una agilidad mental, corporal y de exclusión ante el tratamiento del eje del sistema oral acusatorio como lo es la prueba, misma que debe de estar supervisada por el operador de Justicia quien mantiene un rango de Juez de Garantías Penales, pruebas de cargo y descargo respectivamente que tendrán que dar luces mediante la sugerencia y convencimiento inherente al principio de imparcialidad y objetividad al juzgador.

De lo indicado en líneas que antecede y para colegir dicho considerando, invocaremos al jurista colombiano *Parra* quien indicó: que la carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que les da a las partes la autorresponsabilidad para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. (PARRA, 2007)

Por lo que podemos inferir que el sujeto procesal, es quien soporta la carga de la prueba y quien posee la libertad de dar cumplimiento o no a ella, no está limitado para que se allane a cumplirla, por lo que no habrá lugar a una sanción en el ámbito judicial, sino más bien a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad probatoria.

Una de las grandes disyuntivas en los procesalistas contemporáneos, es respecto a la distribución de la carga de la prueba, ergo la mínima actividad probatoria por parte de la Fiscalía General del Estado, y en contra posición la defensa técnica activa que debe asistir a un presunto infractor. Esto nos conlleva a considerar que estamos frente a la relación de derechos que se debe distribuir de manera equitativa dentro de un debido proceso por los sujetos procesales.

Lo anotado en líneas que antecede, nos deja claro que dentro de un proceso penal donde emana garantías tutelares a los sujetos procesales frente a un litigio,

pues es responsabilidad de cada uno de estos ejercer una defensa técnica y que haya un fiscal objetivo que valore no solamente los elementos de cargo, sino también de descargo, lo que infiere un justo proceso penal dentro de un sistema oral acusatorio y de esta manera hacer prevalecer nuestros derechos, a la luz de la verdad procesal mediante la sinergia de la tutela judicial efectiva.

No inversión de la actividad probatoria. –

Luego de haber realizado un breve análisis respecto a la actividad probatoria, así como también la responsabilidad del tratamiento de la misma por parte de los sujetos procesales dentro del sistema oral acusatorio, podemos indicar que a criterio del suscrito y coincidiendo con algunos procesalistas, en materia penal no aplica la inversión de la carga probatoria a excepción de los delitos ambientales, tal como lo preceptúa nuestra carta magna¹⁰¹. Sin embargo, es importante resaltar que en materia civil sí ocurre la inversión probatoria, situación que frente a la esfera penal cuando el sujeto activo y/o imputado permanece en silencio no opera una presunción de veracidad como ocurre en el proceso civil, sino que, al no demostrarse los hechos alegados, la acusación o pretensión punitiva pierde veracidad.

En el proceso penal por excelencia, y por disposición constitucional contenida en el artículo 195 de la CRE¹⁰², en concordancia con el Art. 282 del COFJ¹⁰³ y el Art. 411 del COIP¹⁰⁴, le corresponde a la Fiscalía General del Estado la carga de la prueba, por cuanto es el órgano de persecución acusatorio quien alega y por ende tiene que dar por probado los hechos o pretensiones criminosas *onus probandi*. Es decir que dentro del sistema oral acusatorio se llega a la idea de que al ser el Fiscal quien afirma la comisión de un delito en la concurrencia de hechos acaecidos en la realidad, es su deber probarlo. Queda entonces en claro manifiesto que el representante de la fiscalía como titular del ejercicio de la acción penal, es quien tiene el deber de introducir la prueba de cargo criminal mediante la mínima actividad probatoria dentro de un proceso penal mediante la pretensión punitiva.

¹⁰¹ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 397.1: “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”.

¹⁰² Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

¹⁰³ Código Orgánico de la Función Judicial (2009). Art. 282.- Funciones De La Fiscalía General Del Estado. - A la Fiscalía General del Estado le corresponde: 1. Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal; 2. Dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial en las indagaciones previas en las etapas del proceso penal.

¹⁰⁴ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 411.- Titularidad de la acción penal pública. - La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada.

Sin perjuicio de lo anotado, la parte ofendida y/o víctima pese a su condición de colaborador, le correspondería ser el principal impulsor de las denuncias o conocimiento de noticias criminales en la realidad. Independientemente, que, a consecuencia de una actividad penal, se pueda convertir en actor o demandante, si es que deriva acciones que se deban reclamar por la vía no penal.

No obstante, de lo mencionado, existen dos posiciones muy particulares que deben revelarse en este tema de la carga de la prueba en materia procesal penal. La primera la encontramos en la propia condición de las atribuciones de la Fiscalía General del Estado, que como ya lo hemos enunciado y reiterado que constitucionalmente, es el titular de la actividad probatoria y por lo tanto primer interesado en lograr la condena como representante de la víctima y de la sociedad, al ser también titular de la acción penal y persecutor del delito.

Así mismo es importante denotar, que el representante de la Fiscalía General del Estado con la misma intensidad de acusación, en caso de no contar con elementos constitutivos o indicios para formalizar una acusación, este deberá de abstenerse de acusar en razón del principio de objetividad y de debida diligencia, principios procesales con rango constitucional, que debe de primar al momento del ejercicio de su función.

De antes expresado en la explicación y análisis en la esfera penal, esto no ocurre en el proceso civil, pues en ese contexto siempre hay que esperar una sentencia que ponga fin a la controversia y dilucide la incertidumbre. Claro está, siempre que exista la posibilidad de que se produzca un desistimiento o una transacción entre las partes. Pero en el proceso penal a diferencia de lo que ocurre aquí, el Fiscal tiene un rol que pasa por reconocer eventualmente, con respeto a la legalidad, que no hay delito o no se pudo probar, en lo que establece la doctrina como la insuficiencia probatoria, sin embargo, en ciertos tipos de delitos se puede transigir, a excepción del delito en estudio, como es el delito de enriquecimiento ilícito.

La otra particularidad que me he propuesto a denotar en el presente apartado, es que en materia penal, a diferencia de lo que ocurre con el demandado en materia civil, el imputado y/o procesado, no está obligado a probar nada porque su estatus de inocencia lo protege como un mecanismo o principio limitador del derecho penal, frente al órgano de persecución, por lo que incluso manteniéndose inactivo podrá verse favorecido por la duda razonable, así como también el derecho constitucional a permanecer en silencio¹⁰⁵. El derecho al silencio,

¹⁰⁵ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: b) Acogerse al silencio.

reconocido a nivel nacional e internacional, no disminuye en lo absoluto el estado de inocencia del procesado, por cuanto al ser escuchado el sujeto activo, se activa como mecanismo único de defensa directo que desvirtuaría cualquier pretensión de la acusación o fiscalía. En caso de encontrarse la defensa en silencio durante todo el proceso, traería como consecuencia que el juez se incline hacia un veredicto de culpabilidad.

Por lo expuesto, el estado de inocencia no convierte el juicio en una manifestación autónoma del fiscal, en la que el encausado no pueda acotar, brindar pruebas, decir y contradecir (defensa técnica activa). Precisamente es deber de la defensa colaborar con la fiscalía a fin de que se tengan todas las evidencias necesarias para que no se desvirtúe el estado de inocencia, lo que se conoce como pruebas de descargo coadyuvando la defensa técnica activa y no solamente asistida.

De los sujetos procesales frente al principio bilateral. -

El principio bilateralidad, está en íntima relación con el derecho a la defensa ya que, al ser un deber que el procesado cuente con una defensa técnica, sea particular o pública, también es la obligación de esta defensa contradecir las pruebas y presentar las suyas para un correcto y justo debate entre las partes. Esto le permite al juzgador no solo tener un espectro más amplio en el cual pueda desenvolverse para tomar una decisión en base a lo producido y aportado por los sujetos procesales, resolver de una manera más ecuánime y justa.

En relación a este mismo pensamiento por parte del suscrito, considero relevante recurrir al jurista *Loutayf* quien establece que: “...*En virtud del principio de bilateralidad, ambas partes deben aportar al juicio el material fáctico, a través de la alegación de los hechos y aportación de las pruebas. Se trata de actos de “instrucción” en virtud de los cuales cada parte brinda las bases fácticas de sus respectivos reclamos y defensas...*”. (LOUTAYF, 2011)

Para algunos procesalistas, la carga probatoria tiene sus cimientos en otra rama del derecho diferente a la penal, es decir en la esfera civil. De lo indicado, es necesario analizar ciertas definiciones que son tratadas por autores por la vía no penal, de tal manera que puede mencionarse que la carga de la prueba significa que cada parte procesal tenga el deber de suministrar mediante la actividad probatoria, respecto a los hechos materia de la Litis, de las normas que contienen el efecto que la misma persigue; y, a su vez, es una regla de conducta para el juez, quien toma en cuenta estas omisiones para decidir sobre un asunto determinado. Es decir, la carga probatoria es una noción procesal que le infiere al juzgador como debe fallar al no encontrar pruebas de certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión.

Por otro lado, podemos indicar que en el proceso civil cuando el demandado no contradice los términos de la demanda opera, una presunción de veracidad acerca de los hechos expuestos como sustento de la pretensión del accionante, de manera que existen posibilidades que el demandado rebelde en ciertos casos termine perdiendo la Litis.

El presente apartado resulta polémico para tratadistas a ultranza con respecto a la teoría onus probandi, sobre este punto y habiendo abordado cómo opera a la carga de la prueba, hay que determinar cómo funciona su inversión o en qué circunstancias. La inversión que se da naturalmente en el proceso civil, misma que guarda relación estrecha con lo que se conoce como principio de disponibilidad y facilidad probatoria; es decir con quien tiene (posee) la prueba y, por lo tanto, acceso fácil a la misma, mediante el principio de adquisición e intermediación procesal.

Para mayor ilustración indicaremos lo analizado por el tratadista *Álvaro Luna Yerga* con respecto al principio de disponibilidad y facilidad probatoria tal como lo enunciaré a continuación: “...*La disponibilidad probatoria consistiría en que una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible a la otra acceder. El principio de facilidad exige tener en cuenta las dificultades de una de las partes respecto a la práctica de un medio probatorio, mientras que a la otra resulta más fácil o cómoda...*”. (LUNA YERGA, 2004)

En esta situación de facilidad y disponibilidad, como vemos es la que marca el primer supuesto de inversión de la carga de la prueba, sin embargo, creo que a criterio personal lo correcto es la distribución de la actividad probatoria entre los sujetos procesales. Por ello, ante la existencia de una presunción, corresponde a la parte “afectada” desbaratar su contundencia, acreditando que en su caso concreto esa presunción no opera. Por cierto, es lógico entender que esta dinámica de traslado de carga de la prueba, funciona solo con aquellas presunciones identificadas como relativas, situación que en lo principal procede en delitos de ambientales y de corrupción como el de enriquecimiento ilícito, considerados residuales y por ende abstractos.

Al respecto hay varios criterios en materia penal, según lo refiere la mayoritaria doctrina, que no sería posible nuevamente en condicionar la admisión de la inversión de la carga de la prueba. Sin embargo tratadistas contemporáneos en contraposición de lo señalado en líneas que antecede en más de una opinión al respecto consideran otra corriente y para armonizar el pensamiento crítico citaremos al autor peruano *Rojas Vargas*, en una de sus obras referente al delito de enriquecimiento ilícito, que ante la evidencia inicial que justifica el delito o su hipótesis de tipificación que “*no es un problema de inversión de carga de la prueba, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en*

evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos". En este sentido, como lo indicaron los juristas Fleming y López, la carga probatoria dinámica, manifiesta que: *"...las cargas probatorias corresponden a quien dispone de mejores posibilidades en razón de la posesión de medios idóneos de prueba..."*. (ROJAS VARGAS F. , 2001)

Desde otra perspectiva pero en la misma corriente doctrinaria, el jurista argentino *San Martín Castro* por su parte, citando a *Carlos Climent Durán*, nuevamente en el análisis del delito de enriquecimiento ilícito sostiene que: *"...en consecuencia, es correcta la presunción legal que obliga al imputado, en su caso, a tener que probar la licitud de sus ingresos o gastos, porque si no lo hace así se concreta la presunción de que ha cometido delito de enriquecimiento ilícito, considerado en la doctrina como un delito residual y autónomo..."*. (SAN MARTÍN CASTRO, 2002)

Las dos opiniones doctrinales interpretadas en líneas que antecede, se contraponen tal como nos retrotraeremos para sopesar el pensamiento crítico y pueda convergir la sinergia entre la doctrina y la jurisprudencia y a propósito de este último enunciado, citaremos la sentencia del Tribunal Supremo español cuyo fundamento es la corriente de la inadmisibilidad de la inversión de la carga de la prueba en la vigencia de la presunción de inocencia bajo el siguiente razonamiento: *"...no puede admitirse la inversión de la carga de la prueba porque se presume - salvo prueba en contrario - que el imputado es inocente..."* Asumir esa inversión como válida, implicaría, según ese razonamiento, desconocer la existencia de esa presunción obligando al imputado a acreditar algo a lo que no está obligado, degenerando el proceso penal y sus principios inspiradores.

En contraposición a lo establecido en el tradicional espíritu de la ley (*Dura Lex*), expuesto por el alto Tribunal de Justicia español, en lo personal considero que no se invierte la carga probatoria, al ejercer una defensa técnica activa, porque de lo contrario la defensa pasiva trae como consecuencia la inacción de la misma, corriendo bajo su riesgo y cuenta de quien no la quiera ejercer, sin que esto afecte a su derecho intrínseco de inocencia, por cuanto la función cognoscitiva del aparato jurisdiccional considera, que el fin de la prueba es conocer la verdad o falsedad, es decir entre la pretensión y resistencia de los sujetos procesales. Dicho esto, podemos inferir que la finalidad última es lograr el convencimiento al juzgador mediante la práctica de la prueba para que este pueda decidir entre la verdad y lo ficticio.

Lo expuesto nos lleva a considerar la necesidad de evaluar el impacto en la situación jurídica del procesado que, pese a que no dé explicaciones o dándolas incluso, estas no sean satisfactorias, es decir la calidad de las mismas dependerá del grado de convencimiento que cause al operador de justicia, pues éste tiene ante

sí una situación indiciaria que le indica siempre teóricamente, que existiría la probabilidad de un delito y que el imputado sería presuntamente su autor o cómplice.

Ahora también debemos de considerar de lo que antecede, que el efecto que podría tener el no dar una explicación satisfactoria, sin elementos de descargos (sujeto activo) esta se tornaría más compleja y grave, pues le conviene estratégicamente despejar la probabilidad diseminada en los indicios, a riesgo de que está probabilidad, con las pruebas de cargo, con el devenir del proceso y la evolución probatoria puede transformarse en una certeza mediante el nexo causal.

Así mismo es importante resaltar a manera de sobrepeso; que también existirá la expectativa de que las pruebas de cargo no evolucionen y, no habiéndose vencido a la presunción de inocencia, termine por tener que absolverse al imputado y/o procesado.

En el mismo orden de las ideas, claro está que la valoración de la prueba como indicio de la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, de la acreditación de la falsedad de su manifiesta inverosimilitud, pues lo indicado no implica invertir la carga de la prueba, ni vulnera al principio *nemo tenetur se ipsum accusare*¹⁰⁶, siempre que exista otra prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente acerca de la participación en el hecho del acusado.

Ahora si refiriendonos al tipo penal en especie, como es el enriquecimiento ilícito, recurriremos a los postulados de procesalistas peruanos como *Rodríguez Vasquez y otros*, quienes indican que, al contrario de la inversión probatoria, debe considerarse la posición del sujeto con el Estado, en virtud del cargo que ostenta el justiciable. Por lo expuesto, en relación a la obligación del funcionario a colaborar con la función judicial se infiere lo siguiente: “...*No se trata de que el imputado tenga que probar su inocencia, sino que como parte de su derecho de defensa tiene el derecho de responder al indicio imputado por el Ministerio Público. En consecuencia, debemos negar que estemos frente a la presunción de un delito previo, lo que sucede es que, a partir del estatus especial de funcionario público, se genera una posición de garante respecto al ejercicio correcto de la función pública y, en ese sentido, el deber de impedir enriquecimientos indebidos y, como consecuencia de ello, de fundamentar debidamente todo enriquecimiento obtenido en el período de función pública...*”. (RODRIGUEZ VASQUEZ, 2012)

Así mismo, el reconocido jurista *Taruffo* considera que al tratarse de presunciones no opera la inversión de la carga probatoria, sino que, se añade una carga adicional, que normalmente se encuentra inactiva, conocida como la carga de la contraprueba. Lo indicado por *Taruffo* adquiere aún más fuerza

¹⁰⁶ El aforismo latino *nemo tenetur se ipsum accusare* (en adelante, *nemo tenetur*) se traduce al castellano como «nadie está obligado a acusarse a sí mismo».

fusionándolo con principios como el contradictorio, intermediación y exclusión probatoria. De lo analizado, debo de manifestar que coincido con el jurista en alusión, quien describe que la contraprueba es utilizada por el litigante (fiscal y defensa) con el propósito de destruir la veracidad de los alegatos propuestos por los sujetos procesales, mismos que están direccionados a destruir las pretensiones de los sujetos procesales, pues la afirmación que se ha colegido de una presunción iuris tantum o que admite prueba en contrario, ergo lo que infiere que la prueba que se encamina a obtener asertos que revalidan las afirmaciones contenidas en las pretensiones de los sujetos procesales se denomina prueba principal, misma que no pudiera obtenerse, sino ejerce una actividad probatoria por los litigantes, lo que en materia de litigación oral, se conoce como defensa técnica activa. (TARUFFO, 2010)

En la línea del pensamiento, podemos precluir que la carga de la prueba se constituye como una regla de conducta y una regla de oro en el proceso penal; misma que tiene que estar distribuida a los sujetos procesales, teniendo que hacer una breve diferencia y explicación de lo indicado en líneas que antecede, tal como lo indicaremos a continuación: **a)** En la primera, por cuanto sugiere a las partes lo que les interesa aclarar; **b)** la segunda, porque le indica al juez cómo debe fallar de manera imparcial de acuerdo a lo aportado en el proceso y practicado en el juicio, con la primicia de que la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.

A manera de conclusión y del breve análisis expuesto considero categóricamente que no hay inversión de la actividad probatoria, sino de la teoría en movimiento o carga dinámica de la prueba que les corresponde a los sujetos procesales, en razón de quien la obtenga o mantenga en su posesión, más aún que en virtud del principio de transparencia y lealtad procesal, le corresponde a los litigantes y operadores de justicia actuar de buena fe.

En virtud de aquello se puede finalmente precluir la necesidad de ampliar el desarrollo doctrinario de la defensa técnica activa especialmente en el ámbito penal mediante el principio de adquisición probatoria, ya que se continúa ejerciendo sobre un paradigma que protege únicamente la pasividad en la defensa técnica y en contrario la saturación desmedida de acusación inquisitiva por parte del órgano de persecución penal. Lo criticable no es solo la falta de una acusación objetiva, ni de un Juez que no garantice los derechos de los sujetos procesales; sino que lo inadmisibles es también la pasividad e inacción de una defensa no técnica y omisiva.

4.3. El enriquecimiento ilícito desde la óptica pericial contable.

Dentro del proceso penal, durante la investigación e instrucción de los

delitos de enriquecimiento ilícito, es importante la actividad probatoria entre los sujetos procesales, puesto que como ya hemos indicado durante la presente obra, estos indicios que a posterior se elevarán a categoría de prueba, arribarán al convencimiento de la verdad formal respecto a la responsabilidad del autor frente a la psiquis del operador de justicia y/o juzgador. Por ello, en el presente apartado nos referiremos a la prueba pericial, misma en la que el perito¹⁰⁷ contable acreditado por el Consejo de la Judicatura¹⁰⁸, actúa como auxiliar de la justicia en los casos en que señala la ley, como perito debidamente posesionado para la experticia en mención, mismos que deberán sustentar el contenido de sus informes periciales durante el juicio de manera técnica y científica¹⁰⁹.

En el delito en estudio, el perito contable es el profesional colegiado, mismo que tiene que estar acreditado para poder realizar una experticia, técnica y científica a fin contribuir para esclarecimiento de los hechos, dependiendo en casos de montos, activos y pasivos. El perito contable forense, es aquel tendrá bajo su responsabilidad y previo a una terna de peritos, al ser elegido este será posesionado bajo juramento y deberá entregar el resultado de una contabilidad dentro del plazo perentorio en un proceso judicial.

Como lo hemos indicado, la prueba pericial es de vital importancia por lo que se requiere la participación del perito contable, como apoyo a la Fiscalía General del Estado, mediante la experticia técnica y científica realizada a los documentos, elementos materiales de prueba, recolectados en el desarrollo de la investigación pre procesal y procesal penal, la experticia en este caso consiste en el manejo de las técnicas que soportan la contabilidad y auditoría, previo muestreo y cruce de información, se tendrá arribar a un resultado para determinar el faltante o excedente de lo reclamado mediante la vía judicial.

Asimismo, si se trata de información contable preparada bajo las Normas Internacionales de Información (NIIF) se debe observar el cumplimiento de estos estándares en el reconocimiento, medición, presentación y revelación en la preparación de los estados financieros.

El perito contable y/o auditor encargado de elaborar el informe pericial en este tipo de injustos penales, deberá especialmente realizar pruebas o análisis a

¹⁰⁷ El perito es un sujeto necesario de la relación procesal penal, que, por medio de sus conocimientos especializados, suministra a los órganos encargados de la procuración y administración de justicia, la forma y medios de interpretar y apreciar los hechos que son sometidos a su pericia. *Diccionario Jurídico*.

¹⁰⁸ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 511.- Reglas generales. - Las y los peritos deberán: 1. Ser profesionales expertos en el área, especialistas titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia y especialidad, acreditados por el Consejo de la Judicatura.

¹⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador (2008). 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: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

los documentos tomados de balances contables, de declaraciones juramentadas de bienes del servidor público o inspecciones judiciales realizadas a estas instituciones del Estado inmersas en los delitos de corrupción. La consecuencia de esta experticia, es un informe pericial que determine el grado de cumplimiento por parte del sujeto activo a la legislación contable, fiscal, estatutaria y demás normatividad que le sea aplicable en cada caso.

Auditoria con indicios de responsabilidad penal.

Ahora propiamente refiriéndonos al tipo penal en estudio como es, el delito de enriquecimiento ilícito, nuestro imperio constitucional establece que cuando se trate de delitos que atenten la eficiente Administración Pública, estos se tratarán por su connotación social por intermedio de peritos auditores de la Contraloría General del Estado¹¹⁰ como órgano de control y supervigilancia respecto a los recursos estatales o cuando se atenten contra estos.

Al referirnos que la Contraloría General del Estado, que es el órgano de control respecto al buen uso del erario nacional y cuando se detecta ciertas conductas desviadas por parte del justiciable y/o servidor público, previo a cualquier enjuiciamiento se procede a nombrar un equipo de auditores internos¹¹¹ o externos¹¹², tal como determina la normativa de la ley orgánica de la Contraloría General del Estado y previo análisis por los auditores se procederá a remitir el borrador o proyecto al servidor público cuestionado, para su respectivo descargo y ejerza su derecho a la defensa, a fin de determinar si existen indicios de responsabilidad penal, civil, culposa o administrativa¹¹³.

¹¹⁰ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

¹¹¹ Ley orgánica de la Contraloría General del Estado (2002). Art. 9.- Concepto y elementos del Control Interno. - El control interno constituye un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución, que proporciona seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se alcanzan los objetivos institucionales. Constituyen elementos del control interno: el entorno de control, la organización, la idoneidad del personal, el cumplimiento de los objetivos institucionales, los riesgos institucionales en el logro de tales objetivos y las medidas adoptadas para afrontarlos, el sistema de información, el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas; y, la corrección oportuna de las deficiencias de control. El control interno será responsabilidad de cada institución del Estado y tendrá como finalidad primordial crear las condiciones para el ejercicio del control externo a cargo de la Contraloría General del Estado.

¹¹² Ley orgánica de la Contraloría General del Estado (2002). Art. 18. Alcance y Ejecución de la Auditoría Gubernamental. El control externo que realizará la Contraloría General del Estado se ejercerá mediante la auditoría gubernamental y el examen especial, utilizando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría. La auditoría gubernamental realizada por la Contraloría General del Estado, consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores de los recursos públicos. La auditoría gubernamental, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando éstas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares, pero podrá examinar la actuación administrativa del servidor, de conformidad con la Ley.

¹¹³ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General

Ahora si ubicándonos en la legislación ecuatoriana, nuestra normativa establece que todo servidor y/o funcionario público debe de estar sometido al imperio constitucional, es decir en razón del cargo que ostenta y en base a la declaración patrimonial jurada que incluirá los activos y pasivos, donde se levanta el sigilo bancario previa a la posesión del cargo del referido servidor, y le corresponde a la Contraloría General del Estado emitir un informe haciendo las observaciones de indicios de responsabilidad penal o administrativa del sujeto activo, tal como lo prevé el artículo 65 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado¹¹⁴.

Dentro de la normativa orgánica en especie, como es la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado, previo a cualquier intervención desde la esfera procesal penal, la institución pública en mención al detectar de oficio incrementos injustificado en el patrimonio de un servidor público o cuando se recibe una denuncia, respecto a un presunto delito de enriquecimiento ilícito respetando el debido proceso, se le notifica al justiciable, para que presente los descargos ante el Auditor Jefe de Equipo, que es quien se encarga o interviene en el examen de auditoría, y previo al visto bueno del supervisor o de alguno de sus delegados, luego de verificar, contrastar, la documentación aportada por los servidores públicos cuestionados, se emitirá un informe a efectos de determinar si existen o no indicios de responsabilidad penal.

De lo indicado en líneas que antecede y luego del informe del auditor (jefe de equipo), ante la evidencia acumulada mediante la pericia técnica y científica, en caso de existir o comprobar el aumento injustificado del patrimonio del sujeto activo, la Contraloría General del Estado deberá aprobar dicho informe con

del Estado, además de las que determine la ley: 1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos. 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado. 3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones. 4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.

¹¹⁴ Ley orgánica de la Contraloría del Estado (2012). Art. 65.- Indicios de responsabilidad penal determinados por la Contraloría General del Estado.- Cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado se establezcan indicios de responsabilidad penal, por los hechos a los que se refieren el artículo 257 del Código Penal, los artículos agregados a continuación de éste, y el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 296, que trata del enriquecimiento ilícito y otros delitos, se procederá de la siguiente manera: 1. El auditor Jefe de Equipo que interviniera en el examen de auditoría, previo visto bueno del supervisor, dará a conocer el informe respectivo al Contralor General o a sus delegados, quienes luego de aprobarlo lo remitirán al Ministerio Público, con la evidencia acumulada, el cual ejercitará la acción penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal. ¿Dichos informes también serán remitidos a las máximas autoridades de las instituciones auditadas; 2. El Fiscal de ser procedente resolverá el inicio de la instrucción en los términos señalados en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal y solicitará al Juez las medidas cautelares que considere pertinentes, en defensa de los intereses del Estado; y 3. Copia certificada de la sentencia ejecutoriada, será remitida al órgano competente en materia de administración de personal, para la inhabilitación permanente en el desempeño de cargos y funciones públicas.

indicios de responsabilidad penal y remitirlo a la Fiscalía General del Estado para el trámite pertinente de ley, es decir para la apertura de una investigación previa, tal como lo preceptúa la normativa penal en especie COIP¹¹⁵.

A manera de conclusión, podemos indicar que con estos requerimientos se procederá en el evento de encontrar indicios de responsabilidad de carácter penal, por el injusto de enriquecimiento ilícito a la Fiscalía General del Estado para la respectiva investigación de carácter preprocesal, no sin antes establecer que como requisito de procedibilidad¹¹⁶ se requiere el referido examen emitido por la Contraloría General del Estado para poder activar la pretensión punitiva por el órgano persecutor, tal como lo refiere la normativa penal en especie.

4.4. Diligencias necesarias para realizar la incautación y decomiso de efectos y ganancias del delito, embargo de bienes del agente del delito. Análisis de las últimas reformas en el COIP.

Dentro del proceso penal, tanto en las investigaciones como en las instrucciones fiscales de delitos de enriquecimiento ilícito, es relevante analizar la determinación de los bienes o activos del sujeto activo y/o justiciable, objeto del delito en estudio. Como ya hemos indicado, el titular de la acción pública penal es la Fiscalía General del Estado, quienes realizan la actividad probatoria encaminada hacia la prueba dentro del sistema oral acusatorio ecuatoriano, prueba de la responsabilidad penal del justiciable, en este caso el servidor o funcionario público, más no de las consecuencias del delito, como la incautación y decomiso de efectos y ganancias del delito.

Es relevante indicar la definición de decomiso, mismo que equivale a “comiso”, lo que significa “...pena accesoria a la principal que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito o falta...”. (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2020).

¹¹⁵ Código orgánico integral penal (2014). Artículo 581.- Formas de conocer la infracción penal. - Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por: 2. Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía.

¹¹⁶ Código orgánico integral penal (Reforma 2021 Reg. Oficial No.107). Art. 581.1.- Informe de la Contraloría General del Estado. - Una vez que la Fiscalía conozca un informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, por presuntos hechos constitutivos de los delitos contra la administración pública, dará inicio a las investigaciones. La máxima autoridad de la Fiscalía conocerá, actuará y deberá estar presente durante toda la investigación de los hechos que puedan constituir los delitos señalados en el inciso anterior. En estos casos, el informe de pertinencia y favorabilidad elaborado por la Contraloría General del Estado, previo a todos los procesos de contratación pública, constituirá un elemento sustancial para el desarrollo de la investigación a que hubiere lugar. Informe que podrá ser ampliado por esta institución, a fin de aportar como mínimo con elementos de convicción suficientes para que proceda la determinación de responsabilidades penales y posterior ejercicio de la acción penal, de ser el caso, que sirvan para nutrir e impulsar el ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de que la Fiscalía la inicie en el momento que considere pertinente acorde a sus atribuciones, de conformidad con la Ley de la materia. En ningún caso estos informes constituyen un requisito de admisibilidad o procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía.

Entonces podemos definir de forma genérica que el decomiso, radica en la aprehensión de los medios (bienes o derechos) por los que se ha cometido el delito y productos obtenidos ilícitamente.

Así como también podemos retrotraernos a la Ley No. 27378 en su artículo 19 que establece como definición de *decomiso*: privación con carácter definitivo de la titularidad de cualquier derecho real sobre bienes y activos, decidido por autoridad jurisdiccional en un debido proceso, transfiriéndose el derecho a favor del Estado. A diferencia de la definición de incautación de la referida ley, misma que establece: afectación temporal con fines de decomiso o de destrucción, de bienes producidos como consecuencia de delitos materia de la presente ley, de instrumentos o medios del delito y en general los efectos del delito, dentro de los cuales se incluirán a las ganancias. En la incautación se impone la prohibición de transferir, convertir, transportar o ceder el bien o derecho a un tercero. (PROYECTO DE LEY; Represion de los actos de legalizacion de bienes y activos de procedencia ilicita. Ley No. 27378, 1994)

Como podemos observar al referirnos al decomiso este tiene un efecto definitivo, es decir que mediante sentencia se afecte a los bienes o activos del justiciable y/o procesado a favor o transfiriéndose al Estado. Por otra parte, la incautación tiene un efecto temporal mientras dure la investigación, del justiciable o servidor público investigado, para evitar que este transfiera o diluya bienes muebles o inmuebles y de estar forma la incautación lo que trata es de precautelar la integridad y no evasión de las acciones resultado de una actividad ilícita por parte del procesado.

Por tanto, dentro del proceso penal que persigue sancionar al sujeto activo del enriquecimiento ilícito, no se va más allá de la sanción punitiva, puesto que en raras ocasiones se investiga o se hace un inventario de la situación patrimonial del justiciable, por ello no se realiza una incautación ni decomiso de estos bienes provenientes de la acción punible de enriquecerse sin causa justa e ilícitamente. A manera de resumen, es claro que, en nuestra legislación ecuatoriana, no solo se persigue mediante coacción restrictiva de libertad, sino también la incautación de bienes de carácter real.

Por ende, en los delitos de enriquecimiento ilícito, es casi nulo que se ejecute uno de los fines del Derecho Penal, que es la prevención de los delitos, por cuanto en las investigaciones penales, no se indaga acerca de los bienes del procesado, objeto del delito, y cuando se lo hace, no se dispone la incautación o decomiso de los mismos, y ante la falta de normativa o de la acuciosidad de algunos servidores públicos “operadores de justicia- jueces, fiscales” en pleno decurso de la investigación transfieren los bienes muebles o inmuebles a terceros, lo que abona a la impunidad, causando desconfianza a las instituciones públicas y

por ende a quienes estamos inmersos al servicio de justicia.

Es importante en este análisis, tomar en consideración las nuevas reformas al código orgánico integral penal en Ecuador¹¹⁷, en referencia al decomiso de bienes, objeto del delito de enriquecimiento ilícito, puesto que con anterioridad esto contemplaba que si tales bienes no pueden ser comisados, el juzgador debe disponer el pago de una multa de idéntico valor, por el contrario la reforma del COIP, indica que se dispondrá el comiso de los bienes obtenidos de manera ilícita y si no se puede, se dispondrá el decomiso de cualquier propiedad del condenado, aunque este bien no esté vinculado al delito. En estos casos, si no se pudiera efectuar el decomiso, se podría ejecutar la vía civil para el pago de multas o reparación integral de la víctima.

Respecto a este último párrafo de la normativa en especie, ha causado polémica respecto a ciertos procesalistas a ultranza, que defienden el delito de inocencia y de legalidad, esto lo refiero por cuanto si se compara con la declaración patrimonial¹¹⁸ que todo servidor público tiene que entregar como requisito sino qua non, previo a la posesión del ejercicio de su cargo, es decir existiría una dicotomía al pretender decomisar el bien mueble o inmueble adquirido de manera lícita antes del ejercicio de la función pública, frente a la comisión de un presunto delito de enriquecimiento ilícito.

En contra posición al párrafo que antecede, ciertos procesalistas refieren que fue necesaria la reforma, porque en el código orgánico integral penal en el artículo referente al enriquecimiento ilícito, pese a que se establece el monto y la multa de restitución respecto al perjuicio contra el Estado, en las sentencias solo se imponía la pena privativa de libertad y pese a que se refieren a la reparación integral, no existen registros respecto a la obtención o recuperación de bienes

¹¹⁷ Código orgánico integral penal (Reformas 2019 Registro Oficial No. 107). Art. 69 núm. 2. En caso de sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, obstrucción de la justicia, sobrepuestos en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, testaferrismo, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.

¹¹⁸ Ley de Contraloría General del Estado (2012). Art. 31.- Funciones y Atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes: 9. Tratándose de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Ministro Fiscal General del Estado, miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, ministros de Cortes Superiores y Tribunales Distritales, conjuces de las Cortes de Justicia, jueces de instancia, fiscales, registradores de la propiedad, notarios, titulares y suplentes, autoridades, funcionarios y servidores del Servicio de Rentas Internas y Corporación Aduanera Ecuatoriana, Agencia de Garantía y Depósitos y demás autoridades, funcionarios y servidores incluidos en otras leyes, la declaración patrimonial juramentada deberá ser presentada a la Contraloría General del Estado, al inicio y al finalizar sus funciones y cada dos años, acompañando en este caso un historial de los bienes adquiridos y transferidos durante ese lapso; o, en un período menor al señalado, cuando se separen de sus funciones en forma anticipada por cualquier causa. La investigación patrimonial se hará extensiva a los parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y al cónyuge del funcionario declarante.

muebles o inmuebles de propiedad o producto del ilícito, respecto al justiciable y/o procesado, siendo de esta manera que se evite la impunidad y en algo se pueda recuperar en razón del perjuicio que se ha causado al Estado y por ende a la colectividad.

De manera sucinta queda evidenciado que la normativa ecuatoriana tuvo que sufrir ciertas modificaciones mediante registro oficial No. 107 de fecha 24 de diciembre de 2019, en contra posición a la propia normativa que antes de esta reforma tenía sus falencias y vacíos jurídicos al solo pretender sancionar el delito de enriquecimiento ilícito, sin que exista consecuencias accesorias como es el decomiso y las resarcitorias que también integran el objeto del procesamiento en la esfera judicial, para poder acceder al patrimonio del justiciable y poder incautar o decomisar, las ganancias producto del ilícito, así como también la sanción punitiva, es decir se complementa la coerción punitiva de libertad y la de carácter real¹¹⁹.

Cabe indicar que nuestra normativa ecuatoriana, para guardar armonía con los compromisos internacionales respecto a delitos de corrupción, reformó la normativa en el capítulo respecto al decomiso, en relación a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹²⁰, respecto al embargo preventivo e incautación, los Estados partes podrán considerar la posibilidad de exigir mediante la actividad de descargo al sujeto activo, para que este a su vez descargue el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, manteniendo el respeto al debido proceso judicial interno de cada país.

4.5. Posesión constante de bienes y activos, delito continuado y flagrancia.

Continuando con el análisis del delito de enriquecimiento ilícito, en algunas doctrinas comparadas, se indica que cuando el presunto sujeto activo se encuentra en posesión constante, uso o disfrute de los bienes o derechos, objeto del incremento patrimonial excesivo, esto significaría o adecuaría la acción a un delito continuado, por cuanto estos bienes o derechos, han sido adquiridos con los fondos presuntamente ilícitos del momento o la época en la cual el justiciable, ocupada cargos públicos adecuando sus cualidades a las del sujeto activo de enriquecimiento ilícito, por tanto esta acción constituiría un delito continuado, y si en el caso esta posesión de los bienes es constante, significaría que nos encontramos ante una flagrancia.

¹¹⁹ Código orgánico integral penal (Reformas 2019 Registro Oficial No. 107). Art. 69.- Penas restrictivas de los derechos de propiedad. - Son penas restrictivas de los derechos de propiedad: 2.- Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos.

¹²⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004). Artículo 31. 8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.

A criterio del suscrito, como hemos venido explicando a lo largo de este libro, el delito de enriquecimiento ilícito configurado como tal, es un delito residual, por cuanto ha sido la última acción de las conductas desviadas del sujeto activo o justiciable, el hecho de obtener bienes o derechos con los fondos obtenidos de manera ilícita por parte del servidor o funcionario público, cuando se encontraba en su cargo, no es más que el agotamiento del delito en estudio, esto se configura cuando el justiciable se lucra de los frutos del injusto penal.

Por lo que, en el delito en estudio, la fase de que el injusto penal sea continuado o esté en flagrancia, carecerá de relevancia penal porque es la acción es residual y será comprendida dentro de la imputación penal, como consumación del acto de enriquecerse ilícitamente.

A manera de conclusión, no podemos decir que el delito de enriquecimiento ilícito siempre operaría en una acción de flagrancia, porque el sujeto activo en la mayoría de los casos son de mero resultado y estos se encerrarían con posterioridad disfrutando o usando los bienes o derechos, o cuando se encuentre en posesión constante de los mismos (hecho consumado), pues solo nos referiremos a la flagrancia de este delito, cuando el agente activo sea sorprendido en el momento preciso incorporando o incrementando su patrimonio.

Es decir en el supuesto que se le encuentre al justiciable con cierta cantidad de dinero, misma que adecue al tipo penal de enriquecimiento ilícito, en este caso ante lo no justificado de este aumento en su patrimonio, sería considerado como un delito flagrante¹²¹ frente a su declaración patrimonial¹²² que le es exigible al servidor público cada dos años, según lo establece la normativa, resaltando que estos casos son excepcionales, porque por lo general este tipo de delitos residuales siempre depende de otros para la adecuación de la conducta de enriquecimiento ilícito, tal como lo explicamos en apartados anteriores.

Sin embargo de lo explicado, en ciertas normativas es posible la aplicación de la flagrancia, en el tipo penal en estudio, pero a diferencia de la normativa ecuatoriana, si nos encontramos frente a una limitante, como es el requisito de procedibilidad, tal como establece la ley en especie, en razón de que debe de existir

¹²¹ Código orgánico integral penal (2014). Art. 527.- Flagrancia. - Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión.

¹²² Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 231.- Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos.

un informe con indicios de responsabilidad penal en contra del justiciable, a más de ello que el delito de enriquecimiento ilícito según la doctrina es producto de otros delitos consumados y ante aquello es que se configura en el tipo penal en estudio. Todo lo antes dicho, es discutible desde la postura de cada litigante, pero sin embargo se debe tomar en consideración la normativa penal y por sobre todo la constitución garantista de cada legislación.

4.6. La dicotomía del juzgamiento en ausencia y la imprescriptibilidad y desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana.

Del Juzgamiento en ausencia.

En cualquier tipo de proceso penal es indispensable que la persona que es acusada de cualquier tipo de delito esté presente, ya que, en base al principio de contradicción e inmediación, es primordial que sea escuchada en audiencia en igualdad de condiciones y se tutele sus derechos y garantías dentro de un proceso, porque de no ser así se estaría vulnerando el derecho al defensa establecido en el imperio constitucional ecuatoriano¹²³.

En la mayoría de Estados partes donde se aplica el sistema oral acusatorio incluyendo nuestro país, la aplicación de la justicia recae sobre el sistema procesal y las resoluciones son tomadas por tribunales y jueces de garantías penales facultados para juzgar y ejecutar lo juzgado.

Para que un proceso judicial sea válido, deberá ser resuelto por un juez competente, lo que quiere decir que la competencia recae sobre el Juez de Garantías Penales donde se haya perpetrado el acto antijurídico que merezca reproche penal, de acuerdo a las reglas de la competencia¹²⁴ y jurisdicción¹²⁵.

En el delito en estudio, la acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun sean cómplices o coautores, basta con que estén procesados o tengan un grado de participación en el delito en

¹²³ Constitución de la República del Ecuador (2008). 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: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

¹²⁴ Código orgánico integral penal (2014). Art. 402.- Naturaleza. - La potestad jurisdiccional en materia penal está dividida de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial.

¹²⁵ Código orgánico integral penal (2014). Art. 398.- Jurisdicción. - La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado. Únicamente las y los juzgadores, determinados en la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y en este Código, ejercen jurisdicción en materia penal para el juzgamiento de las infracciones penales cometidas en el territorio nacional y en territorio extranjero en los casos que establecen los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado.

especie a estos también les alcanza la imprescriptibilidad y por ende el juzgamiento en ausencia.

Los únicos casos respecto que atentan a la Eficiente Administración Pública, son en los que procede el juicio en ausencia, al tenor de la normativa constitucional, son los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito¹²⁶.

El autor *Vaca Andrade* menciona un breve análisis de los sistemas procesales penales inquisitivos, acusatorio y mixto, en el cual se llega a la conclusión que, en todo tipo de procedimiento penal, principalmente en el mixto y en el acusatorio, es fundamental la comparecencia del sujeto procesado y encausado al momento en que se esté realizando el juzgamiento. (VACA ANDRADE, 2009)

De lo anotado en lo que antecede, todo esto tiene origen en nuestra legislación ecuatoriana, refiriéndonos a la Constitución de la República del Ecuador¹²⁷ de 1998 vigente en ese entonces, donde por primera ocasión ya se insertó el juzgamiento en ausencia, según el imperio constitucional de la época.

La carta magna en ese entonces, refiriéndonos al año 1998, por el escenario político que se vivía, a corrupción en todas las esferas del Estado, e inclusive alcanzando a ex presidentes de la República, ministros de Gobierno y altas magistraturas del Estado, producto de ello y por clamor del populismo penal, se crea una nueva constitución y se insertó el juzgamiento en ausencia y la imprescriptibilidad en delitos que atenten a las instituciones pertenecientes al Estado y servidores y/o funcionarios públicos, que cometan delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, los mismos estarán supeditados a juicios que podrán desarrollarse en ausencia del acusado, y además estos delitos son sujetos de imprescriptibilidad.

Siguiendo el orden cronológico en la actualidad, la Constitución de la República del Ecuador del 2008 adoptó el procesamiento de juzgamiento en ausencia y la imprescriptibilidad de los delitos antes mencionados en la Constitución anterior, y a ello añade que las personas que tengan sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, testaferrismo, oferta de realizar tráfico de influencia o tráfico de influencias, al igual que asociación ilícita, lavado de activos y delincuencia organizada que estén relacionados con actos de corrupción, estarán imposibilitados perpetuamente para contraer contratos con el Estado, no podrán ejercer cargos públicos y tampoco podrán acceder a las candidaturas a cargos de elección popular. Estas personas perderán los derechos de participación señalados

¹²⁶ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 233. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

¹²⁷ Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial No. 01 de 11 de agosto de 1998.

en la Carta Magna.

Diferentes autores señalan que el fundamento principal del enriquecimiento ilícito, es la prevención de la impunidad de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios o servidores públicos que actuaron de manera desviada; en efecto la connotación social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un desmesurado incremento en su patrimonio, por no poder justificar el delito que permitió su acumulación, se optó por crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito que se utilizaría precisamente en los casos en los que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal, como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de la presente obra.

Legislación comparada sobre el juzgamiento en ausencia.

Luego de haber analizado nuestra legislación ecuatoriana, respecto al juzgamiento en ausencia y las distintas posturas de algunos procesalistas, pasaremos a revisar ciertas legislaciones que a continuación detallamos, a efecto de comparar y tener un criterio o postura respecto a tan polémica institución o particularidad del juzgamiento en ausencia.

Colombia.

En la legislación colombiana se puede encontrar, en la Constitución Política de ese país del año 1991, en su articulado 29, que existen garantías y principios limitadores del derecho penal, como es el debido proceso y el derecho a la defensa, como el de presunción de inocencia, el in dubio pro reo, principio de legalidad o tipicidad, el non bis in ídem, entre otros, la diferencia de este marco constitucional con el ecuatoriano es que en Colombia los principios y derechos se los mencionan de forma general y no específica.

A su vez en el código de procedimiento penal¹²⁸ (2004), en el capítulo III en el artículo 127, menciona la ausencia del procesado, y se la establece como la figura que se implementaría, cuando el fiscal demuestre que agotó todas las vías o formas para dar con el paradero del procesado, tales como: emplazar¹²⁹ al justiciables

¹²⁸ Código de Procedimiento Penal de Colombia -Ley 906 Publicada en el Diario Oficial número 45.657 del 31 de agosto de 2004.

¹²⁹ Emplazamiento: Fijación de un término, para que la persona cumpla una actividad, presente un recurso o manifieste su voluntad ante el órgano jurisdiccional que resuelve el acto de emplazamiento. *Diccionario Jurídico*.

mediante edicto¹³⁰, el cual se publicará en un espacio visible de la secretaría por el termino de cinco días, así como también publicar en un medio radial y de prensa de cobertura local. Cumpliendo con lo antes mencionado el juzgador lo declarará persona ausente y le asignará un defensor público para que esté ejerza la defensa técnica del procesado. Se debe de acotar que en Colombia la ausencia del procesado se aplica para todo tipo de delito, siempre y cuando fiscalía demuestre que no logro encontrar el paradero del sujeto procesado.

España.

Ahora retrotrayéndonos al viejo continente, nos referiremos respecto a la legislación española, en su Constitución (1978) en sus articulados 24 y 25, se encuentra el derecho a obtener una tutela judicial efectiva brindada por los juzgadores y garantizada por el Estado, como reglas que se autoimpone, así como también de ser informado del proceso y contar con la defensa o patrocinio de un abogado, no declararse culpable, ni declarar en su contra.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española¹³¹ (1882), en su artículo 118 nos establece el derecho a la defensa que posee el procesado, lo cual son: intervenir en las actuaciones procesales, ser informado en detalle y examinar todo lo que suceda y lo actuado dentro del proceso, tener conocimiento del hecho punible que se le atribuye, entre otros. No obstante, el mismo ordenamiento jurídico en mención, establece que se puede realizar el juicio oral con la ausencia del procesado en delitos leves de lesiones o maltrato de obras, de hurto (flagrante), de amenazas, de coacciones, siempre que se haya realizado la citación de la forma adecuada, los delitos que se le imputen sean de injurias y calumnias.

Respecto a la legislación española, es de considerar que el tipo penal de enriquecimiento ilícito fue derogado, mediante declaratoria de inconstitucionalidad y, por ende, no nos referiremos del juzgamiento en ausencia en este tipo de delitos, sin embargo, la misma normativa en estudio solo permite el juzgamiento en ausencia en delitos leves, siempre y cuando se cumplan ciertos condicionamientos que establece la legislación española.

Perú.

En el caso de Perú en el código procesal penal¹³² (2004), en el artículo 79 menciona dos figuras la “contumacia” y “ausencia”. Para que el juzgador declare

¹³⁰ Edicto: Escrito o aviso que se fija y expone en los parajes públicos para noticia de todos. *Diccionario Jurídico*.

¹³¹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹³² Decreto Legislativo N° 957 de 2004.

una persona contumaz, está debe de tener conocimiento del proceso, pero de igual forma no se representa o se fuga del centro de detención y, por otro lado, para determinar que la persona esté ausente, el juzgador debe de desconocer su paradero y no existir ningún registro referente al domicilio del procesado. Sin embargo, existiendo estos términos en la legislación peruana, el proceso al momento de llegar a la resolución o sentencia se archivará provisionalmente hasta que el contumaz o ausente esté presente en la audiencia y pueda escuchar la resolución. Es decir, la legislación peruana condiciona el juzgamiento en ausencia según lo referido en el presente apartado.

Chile.

En el ordenamiento jurídico chileno, respecto a la normativa procesal penal¹³³, en su artículo 93, se encuentran derechos y garantías del procesado, los cuales tienen similitud con las encontradas en los cuerpos legales antes mencionados, la diferencia está en la existencia expresa de la prohibición del juzgamiento en ausencia en el literal I del mismo articulado. Al igual que en Perú y Chile cuenta con el término de “imputado rebelde” este consiste que el sujeto activo tiene conocimiento que tener conocimiento del proceso y de la acusación como tal, pero aun así no decide comparecer al mismo, lo que conllevaría a que se sustancie el proceso hasta la audiencia de juicio, la cual se tendrá que archivar provisionalmente hasta la comparecencia del procesado.

Al respecto este ordenamiento jurídico comparado, también condiciona la aplicación del juzgamiento en ausencia, siempre que se demuestre que el justiciable se niegue a comparecer que este enterado del procesamiento en su contra y que mantenga una postura de rebeldía para evitar el juzgamiento y querer beneficiarse de la institución de la prescripción y/o caducidad.

México.

En el código federal de procedimientos penales¹³⁴ (1934), en el artículo 86 ídem determina que es obligatoria la presencia del procesado en las audiencias de juzgamiento, para que ejerza su derecho a la defensa, a través de su defensor técnico o por sí solo, dándole la palabra si así lo solicita, concluyendo el debate de esta manera. En caso que el procesado se considere ausente, se procede a suspender la audiencia de juicio y se la reanuda con la presencia de todos los sujetos procesales, por tal motivo se observa que existe una prohibición del

¹³³ Publicado en el Diario Oficial, el 12 de diciembre de 2000, actualizado al 11 de julio de 2002.

¹³⁴ Código Federal De Procedimientos Penales. Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1934.

juzgamiento en ausencia en la legislación mexicana.

Finalmente, podemos deducir que la legislación mexicana no permite el juzgamiento en ausencia a diferencia de la nuestra y de ciertos países que hemos mencionado, Perú, España, Chile y Ecuador, quienes de forma condicionada permiten el juzgamiento en ausencia.

Imprescriptibilidad del delito de enriquecimiento ilícito.

Antes de entrar a analizar el tema sobre la imprescriptibilidad de ciertos delitos en el Ecuador, es necesario señalar que significa prescripción como institución procesal en materia penal. Para el efecto, la Corte Constitucional de Justicia de Ecuador señala dicho concepto dentro de la motivación de una sentencia, estableciendo: “(...) *la prescripción, como institución procesal, constituye una forma anormal y excepcional de concluir el proceso penal, en tanto es aquella figura jurídica, en virtud de la cual, el juez de garantías penales declara que no es posible continuar con la sustanciación del proceso penal, en razón de haber transcurrido el tiempo máximo que la ley establece para investigar y sancionar los hechos materia de la infracción penal (...)*” (SENTENCIA N° 111-16-SEP-CC., 2016)

A continuación, definiré la imprescriptibilidad como la condición que de manera selectiva tienen algunos delitos, especialmente cuando se trate delitos que atente la Eficiente Administración Pública, así también delitos de lesa humanidad entre otros, donde las reparaciones integrales de la víctima determinan reclamos o circunstancias específicas que ni con el devenir del tiempo puedan cambiar su estado o su condición de imprescriptibles.

La imprescriptibilidad de los delitos de enriquecimiento ilícito, se va a fundamentar en el cese del *ius puniendi* o de la potestad represiva o derecho de castigar del Estado. El fundamento de esta institución debe ser visto desde la óptica de “*la necesidad social de eliminar un estado de incertidumbre en las relaciones jurídico penales entre el delincuente y el Estado.*” (SENTENCIA N° 020-10-SCN-CC)

Es oportuno señalar que el Estado debe ser más pragmático y menos teórico, caso contrario se tendría que destinar millones de recursos económicos e inversión en tecnología, bienes, etc..., para perseguir e investigar a todos los funcionarios o servidores públicos, a sus terceros o intermediarios por enriquecerse ilícitamente con fondos o rentas del Estado ecuatoriano, cuando podría encontrar soluciones más prácticas, lógicas y humanas, en razón de la normativa comparada y de las políticas públicas de la legislación peruana.

Bien podría el Estado ecuatoriano por intermedio de los legisladores, imponer

al servidor y/o funcionario público y los demás sujetos que menciona la ley, que devuelvan los fondos públicos y todo lo que es producto del delito de enriquecimiento ilícito para la atenuación de su pena, o en su defecto que una vez sentenciados, se embarguen los bienes o cualquier otro medio del cual se haya apropiado y beneficiado para sí mismo, a fin de que le sea restituido al Estado en calidad de víctima y se cumpla con el mandato constitucional y legal de nuestra normativa local.

Ubicándonos en la legislación comparada (Perú), donde la pena privativa de libertad o de reproche penal es de cinco a siete años según el monto, daños y perjuicios causados, bajo la particularidad de la institución de la prescripción o en su defecto si existiese algún indicio de que el funcionario fue presionado o extorsionado para cometer el delito, se considere como una atenuante, y quizás en los casos más leves no tenga que proponerse una pena privativa de libertad, sino más bien una multa, la restitución de los fondos públicos y la inhabilitación de cargos públicos.

Como desenlace a este apartado y desde el punto de vista del suscrito, considero que el juzgamiento en ausencia aparte de ser inconstitucional, guarda una dicotomía respecto a la imprescriptibilidad, en razón que si este tipo de delitos son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena, pues resulta innecesario, ambiguo e inoficioso pretender juzgar en ausencia a los sujetos activos del delito de enriquecimiento ilícito, si los plazos desde el punto de vista procesal se congelan y/o paralizan hasta que sea aprehendidos y juzgados en igualdad de condiciones ante un tribunal competente o ante su juez natural, a más de vulnerar tratados y convenios internacionales que refieren al debido proceso y que toda persona tiene derecho a saber las razones de su procesamiento y de ser juzgado ante un juez¹³⁵.

¹³⁵Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José-1969). Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

4.7. Casuística relevante al delito de enriquecimiento ilícito. Sentencia nacional y comparada.

Para mayor ilustración nos vemos comprometidos en abstraernos mediante la casuística y precedentes jurisprudenciales, para llegar a la sinergia respecto a la teoría y aplicación de la norma frente al tipo penal de estudio como lo es el delito de enriquecimiento ilícito, así como también la importancia y aplicabilidad de la distribución de la carga probatoria de los sujetos procesales tal como a continuación lo detallaré:

4.7.1. Casuística Nacional (Sentencia Absolutoria).

*Juicio 17721-2017-00199*¹³⁶.

El presente proceso por sus características, es de enriquecimiento ilícito mediante un delito de acción no flagrante, tal como consta en el contenido y la narrativa dentro de la casuística que hemos propuesto como ejemplo y que omitiremos algunos datos del procesado, solo refiriéndonos a sus iniciales, tomando en consideración el derecho al buen nombre y honra¹³⁷. A continuación extraemos lo pertinente del hecho fáctico: “...Fiscalía ofrece probar que P. M. D. C durante el periodo que se desempeñó como funcionario público, esto es como asesor de la Presidencia de la República, desde el 1 de junio del 2009 hasta el 11 de noviembre del 2011 y como Presidente del Directorio del Banco Central conforme el Decreto Presidencial 934, desde el 10 de noviembre del 2011 hasta el 19 de diciembre del 2012, fecha en la cual presentó su renuncia, se identifica un incremento de su patrimonio. Afirma la Contraloría General del Estado al realizar un examen especial de las declaraciones patrimoniales juradas y presentadas por el ex funcionario en el periodo de gestión comprendido entre 1 de mayo del 2009 al 31 de octubre del 2012, emite un informe de responsabilidad penal No. DAAC-0052-2013, en contra del acusado por un presunto delito de enriquecimiento ilícito. Manifiesta que el acusado, con fecha 1 de junio de 2009 presenta la primera declaración juramentada por inicio de funciones al cargo de asesor presidencial, reportando un total de activos de \$ 44.200,00 US dólares y un total de pasivos de \$ 19.075.00 US dólares, es decir, contaba aparentemente con un total líquido de patrimonio de \$ 25.125.00 US dólares. Con fecha 11 de noviembre del 2011, presenta la segunda declaración patrimonial jurada por fin de funciones al cargo de asesor presidencial, reportando el total de activos de \$ 39.150.00 US dólares con un total de pasivos de \$ 36.590.00 US dólares por un patrimonio líquido total de \$ 2.560.00 US dólares. Con fecha 11 de noviembre

¹³⁶ Sentencia No. 17721-2017-00199. Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policía y Tránsito. Delito de Enriquecimiento Ilícito.

¹³⁷ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.

del 2011 presenta la tercera declaración patrimonial jurada por inicio de funciones a cargo de presidente del Banco Central del Ecuador, reportando un total de activos de \$ 39.150.00 US dólares, un total de pasivos de 36.590.00 US dólares con un patrimonio líquido de \$ 2.560.00 US dólares. Para el 2 de enero del 2013 terminando sus funciones en su cuarta y última declaración, reporta un total de activos de \$ 435.255.00 US dólares y un total de pasivos de \$ 426.400.00 US dólares, determinándose que su patrimonio líquido era de \$ 8.855.00 US dólares. Fiscalía aprobó que la suma de todos los haberes que percibió el hoy acusado por concepto de sueldo, viáticos y demás relacionados a su cargo de asesor de la Presidencia de la República y Presidente el Directorio del Banco Central de Ecuador, no se compadece con los montos que P. M. D. C registra en el Sistema Nacional Financiero y en la cuenta bancaria extranjera, afirma que con la objetividad que la ley establece probará pericialmente que el perjuicio ocasionado por el enriquecimiento ilícito es de \$ 394.427.097 US dólares que el hoy acusado no ha podido probar. La Fiscalía General del Estado presentó prueba de cargo: pericial contable, testimonial de auditores y jefe de equipo y documentales, como balances, cuentas, transferencias. Afirma que a la fecha de los hechos la conducta del acusado se encontraba tipificada en el artículo 296 innumerados 1 y 2 del Código Penal, y actualmente consta tipificado y sancionado en el artículo 279 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, esto es enriquecimiento ilícito. El grado de participación es el de autor directo inmediato conforme lo prevé el artículo 42.1 literal a) del COIP, en razón que la conducta se adecua al tipo penal, como un perjuicio al Estado por más de 400 salarios básicos unificados y la pena vendría a determinarse entre siete a diez años de prisión...”

De los alegatos de cierre presentados por la defensa, se indica que: “...a su defendido, se le estaría haciendo un análisis de su gestión como funcionario público, es decir, como Director del Banco Central en el período comprendido entre el primero de junio del 2009 al 03 de octubre del 2012; es decir que a la época de los hechos estaba vigente el Código Penal, y en este caso se debe aplicar el principio de favorabilidad, por tanto, se debe aplicar el Código Penal...”

Por su parte la defensa del procesado P.D.C. se limitó a indicar que el hecho ilícito se inició antes de la promulgación del COIP y por tanto debía tramitarse este proceso con la ley anterior y no con la actual, en razón del principio de favorabilidad.

Los Jueces de la Corte Nacional de Justicia valoraron las pruebas de cargo y de descargo, respectivamente mediante la actividad probatoria de los sujetos procesales y se inclinó a la teoría de la Fiscalía, en razón a las pruebas practicadas en audiencia, como las pruebas testimoniales, periciales y documentales presentadas a los Jueces del Tribunal de Garantías Penales a cargo de la

sustanciación del proceso ordinario, donde se demostró la materialidad de la infracción y la responsabilidad del justiciable, teniendo como prueba directa la pericia contable (examen especial de la Contraloría General del Estado, con indicios de responsabilidad penal), es decir que la situación jurídica del procesado no varió y por ende, se pudo determinar la existencia del objeto material, esto es los fondos injustificados que constan en las cuentas que se encuentran a nombre del señor P.M.D.C., además de las pruebas practicadas en la audiencia de juicio, lo que bastó para que el órgano jurisdiccional con la potestad pública que embiste a esta autoridad declaró: “...ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, por unanimidad declara: 1.- La culpabilidad del acusado: P.M.D.C, cuyas generales de ley obran del proceso; por tanto se dicta sentencia condenatoria contra él, en calidad de autor, conforme el artículo 42 Código Penal (42 Código Orgánico Integral Penal), del delito de enriquecimiento ilícito tipificado en el primer artículo innumerado siguiente al 296 del Código Penal, y sancionado en el segundo artículo innumerado siguiente al 296 ibídem, imponiéndole la pena de cinco años de prisión. 2.- Se declara la suspensión de los derechos de ciudadanía del condenado por el tiempo igual al de la pena impuesta conforme el artículo 60 del Código Penal. 3.- De conformidad con los artículos 65 del Código Penal se dispone el comiso sobre los bienes de propiedad de P. M. D. C, cuya adquisición no ha sido justificada. 4.- De conformidad al segundo artículo innumerado siguiente al 296, se impone la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito. (788.855,94 US dólares) 5.- Se declara con lugar la acusación particular. De conformidad con el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, se declara con lugar la reparación integral, como inmaterial téngase el contenido de esta sentencia como reparación en sí misma; además se ordena la publicación de esta decisión en uno de los diarios de mayor circulación en el país, esto constituye además una garantía de no repetición y que los ciudadanos conozcan que el sistema de justicia a través de este tribunal está dando una respuesta al país, haciendo realidad la tutela judicial efectiva, derecho y garantía de todos los ciudadanos, por otra parte también disponemos que se ofrezca disculpas públicas al país por parte del señor hoy justiciable P.M.D.C, por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito por el que ha sido sancionado, que lo deberá hacer una vez que esté ejecutoriado el fallo, en el Auditorio del octavo piso de la Corte Nacional de Justicia, con la presencia de representantes de los medios de comunicación social del país...”

De la casuística en alusión, observamos que el tipo penal es de enriquecimiento ilícito, cuyo bien jurídico protegido es la Eficiente Administración Pública y se tramitó por procedimiento ordinario y como lo hemos descrito el procesado servidor y/o funcionario público, fue juzgado en ausencia según la normativa ecuatoriana, del cual hemos explicado ampliamente en el presente capítulo, respecto al juzgamiento en ausencia, por cuanto el justiciable se

encuentra prófugo en el exterior, y quien accedió a la audiencia fueron sus abogados particulares, más no el procesado.

Desde otra óptica, los representantes del procesado, frente a la prueba de cargo de la Fiscalía e inclusive desde el borrador de la Contraloría General del Estado, el justiciable no presentó sus descargos, frente al aumento injustificado de su patrimonio, es decir, que no ofreció una justificación o balance razonable de su procedencia o licitud, pese que durante el proceso penal seguido en contra de este, tuvo la oportunidad de presentar descargos (testigos, pericias, documentos), sin embargo, mediante su defensa técnica no accedió a las mismas, cuando la fiscalía presentó varias pruebas de cargo, como por mencionar: estados financieros de bancos nacionales e internacionales, registros de bienes inscritos en el Ecuador y en Florida, Estados Unidos, hipotecas, pagos en efectivo de alícuotas, obligaciones y créditos, entre otros sustentos para demostrar la existencia de valores, sin que existan elementos de descargo dentro del proceso.

Ante la actividad mínima probatoria de Fiscalía y la defensa inactiva, los jueces consideraron que las pruebas practicadas e incorporadas en la etapa de juicio, contribuyeron de manera incontrastable la existencia del injusto penal de enriquecimiento ilícito.

A manera de conclusión respecto a la sentencia condenatoria, se debe considerar que, frente a los delitos de corrupción, por sus características de clandestinidad y en muchas ocasiones de imposibilidad de obtención probatoria por parte de la fiscalía, se requiere que se amplíe el desarrollo de jurisprudencia sobre la carga y la distribución probatoria en este tipo de ilícitos, a fin de que los sujetos procesales tengan relevancia en la Litis.

De lo expuesto, es decir respecto a la casuística y la teoría que hemos dilucidado en el presente capítulo, no estamos frente a una inversión probatoria, sino ante la actividad dinámica de la distribución de la carga probatoria, que bien pudiera aplicarse desde el punto de vista de la acusación fiscal objetiva amparada en el principio de transparencia y por otra parte de la defensa técnica activa ofreciendo su prueba de descargo, por cuanto frente al injusto de enriquecimiento ilícito, se requiere que se justifiquen los ingresos, pero antes de aquello ya la Contraloría General del Estado ha realizado un examen, auditoría, balances, etc..., es decir ha investigado y determinado ese aumento injustificado, correspondiendo al justiciable por intermedio de su defensa técnica rebatir la posición de acusación de Fiscalía.

4.7.2. Casuística Nacional (Sentencia Absolutoria).

*Juicio No. 17294-2016-03979*¹³⁸

Para mantener un equilibrio procesalmente hablando, consideré importante revisar una sentencia absolutoria respecto al tipo penal en estudio, tal como detallo a continuación. El presente proceso por sus características, es de enriquecimiento ilícito mediante un delito de acción no flagrante, tal como consta en el contenido y la narrativa dentro de la casuística que hemos propuesto como ejemplo y que, de igual forma respecto al procesado, omitiremos algunos datos, solo mencionando sus iniciales, tomando en consideración el derecho al buen nombre y honra.

A continuación, extraemos lo relevante del hecho fáctico: “...por su parte la representante de la Fiscalía, manifestó como teoría del caso que en el examen especial de Contraloría General del Estado a las declaraciones patrimoniales juradas presentadas por el señor M.E.M.J en calidad de servidor público de la Empresa Pública de Hidrocarburos EP Petroecuador por el período entre el 1 de enero del 2010 y 20 de mayo del 2016, incluyendo a su cónyuge e hijos menores de edad, luego del análisis respectivo entre ingresos percibidos por el funcionario y lo que realmente se detectó a través de la verificación tanto en cuentas de distintos bancos y de su cónyuge han existido valores totalmente diferentes superiores a los percibidos por él y su cónyuge, no se ha justificado valores por la compra de un inmueble en el año 2012, la casa donde habita, por la compra de vehículos, no se han justificado varios puntos, los pagos por tarjetas de créditos son superiores a los montos totales percibidos y del ejercicio profesional de la cónyuge pues es de profesión médica, entonces hay un incremento patrimonial injustificado de \$184.325 dólares, por lo que adecúa su conducta a lo establecido en el Art. 279 del Código Orgánico Integral Penal, no precisa inciso, pues no fue quien llevó la instrucción...”

Por su parte la defensa técnica en el alegato de apertura en lo principal indicó: “...que su defendido es inocente, que sí fue funcionario público, pero no existe incremento patrimonial obtenido para sí o tercera persona producto de su cargo o función, no se revierte la carga de la prueba, que no se ha podido demostrar que el aumento injustificado de su patrimonio sea producto de contratos que mantuvo con el Estado durante el tiempo que presto servicios en sus distintos cargos, comprendidos durante los años 2010 a 2016. Que la Contraloría General del Estado, realizó duplicidad de ingresos y de egresos de su defendido y que Fiscalía inobservo esas anomalías e incongruencias, no cumpliendo con lo establecido en el Art. 5 y 21 principio de objetividad...”.

¹³⁸ Sentencia No. 17294-2016-03979. Tribunal De Garantías Penales Con Sede En La Parroquia Iñaquito Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha. Delito de enriquecimiento ilícito.

Los Jueces del Tribunal de Garantías Penales ordinario, en razón de que el justiciable no gozaba de fuero alguno, esto fueron sus jueces naturales mismos que valoraron las pruebas de cargo y de descargo, respectivamente mediante la actividad probatoria de los sujetos procesales y se inclinó a la teoría de la defensa, en razón de que las pruebas debieron ser suficientes por parte del órgano punitivo como lo es la Fiscalía General del Estado, el perito al momento de ser interrogado manifestó contradicciones, respecto a su pericia de auditoría contable, así como también algunos funcionarios de la UAFE no comparecieron para corroborar la intención o certeza de un hecho ilícito, y en el sentido de que, no sólo se hayan utilizado medios de prueba, sino que además de su empleo se obtenga un “resultado” probatorio que sea bastante para fundar razonablemente la acusación y la condena, es decir: no bastó con que exista un principio de actividad probatoria sino que se necesitó un verdadero contenido inculpatario en el que pueda apoyarse el órgano juzgador para formar su convicción condenatoria, respecto a este tipo de delitos de enriquecimiento ilícito.

La insuficiencia probatoria en la audiencia de juicio, bastó para que el órgano jurisdiccional con la potestad pública que embiste a esta autoridad declare por unanimidad: “...ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, RATIFICAR EL ESTADO DE INOCENCIA DEL SEÑOR M.E.M.J. Se revocan todas las medidas cautelares que pesan en su contra y que han sido dictadas por el Juez A-quo en esta causa...”.

A manera de crítica respecto a la sentencia absolutoria a favor del servidor público M.E.M.J, el órgano punitivo perdió credibilidad al momento de que el auditor contable de la Contraloría General del Estado, al ser interrogado por los sujetos procesales, este entró en manifiesta contradicción, a más de ello la pericia o auditoría contable fue observada por los jueces del Tribunal de Garantías Penales quienes en razón de las contradicciones y que del testimonio del perito no defendió o no mostro credibilidad respecto a su experticia, esto conllevó a la duda razonable y por ende a ratificar el estado de inocencia.

Por otra parte la defensa técnica, se mantuvo activa al momento de desvirtuar y de resaltar la falencia de la auditoria, cuando el perito duplicó montos de las cuentas bancarias del justiciable y su cónyuge; y que pese a que fueron observadas por la defensa técnica, la Fiscalía no las consideró, en su momento procesal oportuno restándole credibilidad y objetividad frente a la óptica de los jueces del Tribunal de Garantías Penales, pues no consistía en que exista una mínima actividad probatoria por parte del representante de la Fiscalía General del Estado, sino que debieron ser suficientes, congruentes, certeras para que se llegue a relacionar no solamente el hecho punitivo como resultado, sino conocimiento de antijuridicidad ante la comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

4.7.3. Casuística Comparada.

Sentencia C-397/98.

Ahora corresponde analizar casuística comparada respecto a la legislación colombiana, en referencia a la revisión de constitucionalidad de la Ley 412 del 6 de noviembre de 1997, por medio de la cual se aprueba en ese país, referente a la “Convención Interamericana contra la corrupción”, suscrita en la ciudad de Caracas el 29 de marzo de 1996. Es de resaltar que la presente sentencia fue en virtud de un debate respecto a la aprobación o no de un proyecto de ley contra la corrupción, previo a la que la misma sea introducida en Colombia, en la cual se refiere al delito enriquecimiento ilícito, mismo que acarrea consecuencias para los Estados, que ratifican sus compromisos internacionales, por ello la importancia de analizar de manera sucinta lo más pertinente de la sentencia C-397/98, sentando un precedente jurisprudencial que a continuación detallo:

A nivel legislativo en Colombia se debatió lo constitucional o no, de la aplicación de la ley anticorrupción a efecto de sancionar a servidores públicos de ese país, sin trastocar la tutela judicial y los derechos que le asiste a cada uno de sus connacionales y para ello extraemos lo pertinente de los antecedentes: “...*El 7 de noviembre de 1997, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República de Colombia, remitió al Congreso, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 241 de la C.P., fotocopia autenticada de la Ley 412 del 6 de noviembre de 1997, por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996. El día 28 de noviembre de 1997, el Magistrado Sustanciador, a través de auto de la misma fecha, asumió la revisión de la Ley 412 del 6 de noviembre de 1997 y de la Convención que la misma aprobó, para lo cual ordenó la práctica de las siguientes pruebas: solicitó a las Secretarías Generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, el envío de la copia del expediente legislativo correspondiente al trámite en el Congreso de la República de la Ley 412 del 6 de noviembre de 1997, y ordenó que una vez cumplido lo anterior, por Secretaría General, se procediera a la fijación en lista del negocio y a practicar el traslado correspondiente al Despacho del señor Procurador General de la Nación, para efectos de recibir el concepto de su competencia. Una vez cumplidos todos los trámites indicados para esta clase de actuaciones procesales de control de constitucionalidad, procede la Corte a pronunciar su decisión...*”.

El concepto del Ministerio Público, de manera textual indicó lo siguiente ante esta revisión: “...*El Señor Procurador General de la Nación rindió en término el concepto de su competencia, y solicitó al Congreso que se declare la exequibilidad de la "Convención Interamericana contra la Corrupción". Dividió su concepto en dos partes, el análisis formal y el análisis de fondo del instrumento. A. Análisis Formal. Manifiesta el Jefe del Ministerio Público, que no*

encuentra en este punto incompatibilidad alguna entre el trámite dado en el Congreso al proyecto de Ley aprobatoria de la Convención sub examine y la preceptiva superior, dado que el mismo y la respectiva exposición de motivos, aparecen publicados oficialmente por el Congreso en la Gaceta No. 453 de esa Corporación, del día 18 de octubre de 1996, esto es antes de darle curso en la comisión respectiva. B. Análisis Material. Señala el señor Procurador, que los propósitos de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de prevenir, sancionar y erradicar la corrupción, conducta considerada como un flagelo que atenta contra la legitimidad de las instituciones públicas y la sociedad en general, que como tal pone en peligro el orden moral, la justicia y el desarrollo integral de los pueblos, coinciden y armonizan plenamente con los principios, fines y objetivos del Estado colombiano, los cuales están consagrados en nuestra Constitución Política, específicamente en sus artículos primero y segundo. El ordenamiento superior colombiano, anota el Ministerio Público, establece como fines esenciales del Estado los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, fines que por sí mismos justifican la adopción de medidas legales y la celebración de convenios internacionales dirigidos a prevenir, contrarrestar y sancionar prácticas de corrupción, especialmente cuando las mismas provienen de los servidores públicos...”.

Continuando con el análisis de la ley respecto a la "Convención Interamericana Contra la Corrupción", en torno al delito de enriquecimiento ilícito, el Congreso de Colombia ante la revisión que estamos analizando, indicó lo siguiente: *“...Es incuestionable, que uno de los flagelos que azota con más intensidad al mundo contemporáneo es el de la corrupción dentro de las administraciones públicas, y que una de las prácticas más extendidas del mismo es el denominado enriquecimiento ilícito, conducta que en un alto porcentaje de los países del mundo ha sido tipificada como delito, cuyo sujeto activo es un servidor público, que se vale de su rango y del ejercicio de sus funciones para incrementar ilegítimamente su propio patrimonio, causando graves daños al Estado y a la sociedad. En la aplicación de la ley, en la práctica crea una ley diferente de la teoría. Transforma las reglas y los procedimientos públicos basados en principios democráticos o “meritocráticos” en prácticas ad hoc basadas en la disposición y capacidad de pagar o en conexiones personales y favores devueltos. En la práctica de gobierno, la corrupción convierte el imperio de la ley en el imperio de individuos que persiguen sus propios intereses. Es decir, que esa práctica, como todas las conductas que impliquen corrupción, vulnera los principios fundamentales del Estado social de derecho y atenta contra los valores que lo rigen, por lo que tipificarla como delito, como compromete a los países signatarios el artículo de la Convención que se analiza, encuentra pleno fundamento en los mandatos del ordenamiento superior colombiano, cuyo artículo 34 expresamente ordena la extinción del dominio sobre los bienes adquiridos a través de ese tipo de prácticas. Es claro entonces, que no hay*

violación del ordenamiento superior en las disposiciones del artículo IX de la Convención sub examine, y que el compromiso que se deriva de él para los países-partes, en el caso colombiano se encuentra cumplido; cabe anotar además, que la legislación penal de nuestro país, incluso avanza más allá de la disposición del instrumento multilateral objeto de examen de constitucionalidad, pues contempla como delito el enriquecimiento ilícito de particulares, tipo penal que esta Corporación declaró exequible...”

Por lo que finalmente, el Congreso Colombiano se pronunció e indicó lo siguiente: “...*DECLARAR EXEQUIBLES*¹³⁹ *la Ley 412 del 6 de noviembre de 1997, “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996” y la Convención misma...”*”.

Si extraemos lo principal de la exposición de motivos, respecto a la sentencia constitucional C-397/98 de Colombia, esta guarda cierta similitud con nuestro ordenamiento jurídico constitucional¹⁴⁰, previo a la aprobación de cualquier proyecto de ley que se tenga que ratificar en razón de la aplicabilidad de los Convenios Internacionales, en este caso la Convención Interamericana Contra la Corrupción, tiene como objetivos combatir el fenómeno de la corrupción mismo que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, y contra el desarrollo integral de los pueblos, por parte de ciertos servidores y/o funcionarios públicos, que buscan el bien particular y no común.

Bajo esta premisa se debatió de manera responsable por los legisladores de Colombia, tomando en consideración no atentar contra los derechos internos consagrados en su legislación, así como también no contravenir los convenios internacionales respecto a las normas de interpretación¹⁴¹, alcance de restricciones¹⁴² e inmediata aplicabilidad del convenio anticorrupción ya

¹³⁹ La exequibilidad (lat. *exsequibilis*) es una clase de sentencia emitida por la Corte Constitucional en la que se manifiesta que una ley es acorde a la constitución política. *Diccionario jurídico*.

¹⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

¹⁴¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José-1969). Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

¹⁴² Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José-1969). Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren

mencionado.

Ahora sí, concluyendo el presente apartado, como postura personal considero que no puede aplicarse una sanción a determinado justiciable (servidor público), sino existe coherencia o armonía entre los convenios internacionales contra la corrupción, la constitución del país suscriptor, con sinergia a la normativa punitiva que pretende sancionar el delito de enriquecimiento ilícito. Es importante resaltar, que fue inoficioso en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente en las leyes del año 1971 y del año 2000, donde no se tenía una herramienta jurídica previamente establecida para sancionar el infractor, ni siquiera en la tipificación del delito se establecía el monto o perjuicio, por ello no se obtuvo sentencia condenatoria alguna y menos aún la reparación integral o recuperación de los bienes del Estado. Es a partir, de la normativa actual promulgada en el año 2014 (COIP), donde se establece incisos sobre el monto del perjuicio, así como también el decomiso y la restitución, respecto a bienes, muebles o inmuebles y cuentas.

por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, M. (1995). *Derecho Burocrático Mexicano*. México: Porrúa.
- ACOSTA, P. (2013). *Los principios generales del derecho y las normas tipo principio*. .
- AGUILAR LOZANO, H. (2011). *Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el derecho civil de las obligaciones*. Académica Española.
- ANGELES GONZALES, F. y. (1997). *Código Penal VII. Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- ARROYO HERRERA, J. F. (2004). *Régimen jurídico del servidor público. Edición 4*. México: ED PORRUA .
- BACIGALUPO, E. (1990). *Principios de derecho penal, parte general, segunda edición*. Madrid: Editorial Akal.
- BACIGALUPO, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Temis, Bogotá.
- BACIGALUPO, E. (Marzo de 2008). La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona*.
- BECCARIA, C. (1955). *De los Delitos y las Penas*. Montevideo: Edit. Universo Jurídico.
- BODERO CALI, E. R. (2006). *Teoría de la Delincuencia Económica*. Ateneo Jurídico Atijuris.
- BRAMONT ARIAS TORRES, L. M. (1997). *Lecciones de la parte general y el Código Penal*. Lima-Perú.: Ed. San Marcos.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1991). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Editorial Ariel S.A. .
- CABANELLA DE TORRES, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta.
- CACERES, R. (2017). *La prueba indiciaria en el proceso penal*. . Instituto Pacifico.
- CANCINO MORENO, A. J.-T. (1986). *El delito de enriquecimiento ilícito*. Bogotá D.E.: Edic. Librería del Profesional.
- CANCIO MELIÁ, M. (2001). *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- COBO DEL ROSAL, M. y. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. (4ta Edición ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Registro Oficial N° 180. (2014).
- CODIGO PENAL COLOMBIANO. LEY 599. (2000).
- CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA. LEY 11.179 . (1984).
- CODIGO PENAL DE PANAMA. Texto Único adoptado por Ley N° 14. (2007). Panamá.
- CODIGO PENAL DE PERU. DECRETO LEGISLATIVO N° 635. (1991).
- CÓDIGO PENAL DE PUERTO RICO. (2012).
- CÓDIGO PENAL FEDERAL . (14 de agosto de 1931).
- CÓDIGO PENAL, modificado por la Ley No. 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. (octubre de 2009).
- CONSEJO DE LA JUDICATURA. (2014). *Manual de catálogo de especialidades periciales*.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (20 de octubre de 2008). *Registro Oficial 449*. Montecristi, Manabí, Ecuador.
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRASNACIONAL. (2001).
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN. (1996). Caracas, Venezuela.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. CASO N°115-13-SEP SENTENCIA N° 111-16-SEP-CC. (6.abril 2016). Quito, Ecuador.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. SENTENCIA N°020-10-SCN-CC , CASO N° 0030-10-CN. (s.f.). Quito, Ecuador.
- DANOS ORDOÑEZ, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración pública. *Jus E Veritas No. 10*, 156.
- DIAZ BIALET, A. (2015). *El enriquecimiento sin causa en el Derecho, Romano y la institución en el derecho moderno (Conclusión)*. . Revista De La Universidad Nacional De Córdoba.
- DICCIONARIO ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (1981). Barcelona: Edit. Sopena.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- FLEMING, A. L. (2007). *Garantías del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni.
- FLORES ZAVALA, E. (s.f.). *El problema de la interpretación de las leyes fiscales*. Biblioteca Jurídica UNAM.
- FRISTER, H. (2011). *Derecho penal. Parte general, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, Jose Luis Depalma editor*. Buenos Aires p. 150 y ss.: Hammurabi.
- GALVEZ VILLEGAS, T. (2001). *Delito de Enriquecimiento Ilícito*. Lima: Idemsa.

- GALVEZ VILLEGAS, T. (2004). *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa.
- GOMEZ TRELLES, J. (2002). *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid.
- HEFENDEHL, R. (2007). *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. Madrid: Iñigo.
- JAKOBS, G. (1995). *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Madrid, Ediciones Jurídicas, S.A.
- JAKOBS, G. -M. (2003). *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN. (7 de abril de 2003).
- LIPOVETSKY, G. (2003). *Metamorfosis de la cultura liberal. Ética, medios de comunicación, empresa*. Anagrama.
- LOPEZ PRESA, J. O. (1998). *Corrupción y Cambio*. México: Fondo de Cultura Económica- Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.
- LOUTAYF, R. (2011). *Principio de Bilateralidad o Contradicción. La Ley*.
- LUNA YERGA, A. (2004). *La Prueba de la Responsabilidad Civil Médico- Sanitaria*. Civitas .
- LUZÓN PEÑA, D. M. (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Madrid: Universitas.
- MIR PUIG, S. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor S.L.
- MOLINA ARRUBLA, C. M. (1988). Evolución histórica de la criminología. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 123-165.
- MOLINA ARRUBLA, M. (1995). *Delitos contra la Administración Pública*. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica Dike.
- MONTOYA VIVANCO, Y. (2012). *El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión*. Lima.
- MUÑOZ CONDE, F. (2000). *Derecho Penal. Parte general*. Valencia - España.: Tirant lo Blanch.
- OSSORIO, M. (2006). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- PARRA, Q. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Limitada.
- PEÑA CABRERA, R. y. (1993). *Delito de Enriquecimiento Ilícito*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- PETIT, E. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México: Porrúa.
- PORTOCARRERO HIDALGO, J. (1996). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editora Jurídica Portocarrero.
- PRADO SALDARRIAGA, V. (1997). *Todo sobre el código penal*. (Vol. Tomo I). Lima- Perú. Edit.: Editorial Idemsa.
- PROYECTO DE LEY; Represion de los actos de legalizacion de bienes y activos de procedencia ilicita. Ley No. 27378. (1994). PERÚ.
- RANIERI, S. (1975). *Manual de derecho penal*. Bogotá, Colombia.: Temis, Tomo II.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2020). *Diccionario de la Lengua Española*. 22 edición. Obtenido de <https://dle.rae.es/>
- REYES ECHANDIA, A. (1995). *Derecho Penal General, 8ª Edición*. Bogotá.
- RODRIGUEZ VASQUEZ, J. S. (2012). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima.
- ROJAS VARGAS, F. (1997). *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito. Segunda edición*. Lima: Grijley.
- ROJAS VARGAS, F. (2001). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima-Perú: Editora Jurídica Grijley.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- ROXIN, C. (1998). *Autoría y Dominio del hecho en el Derecho Penal. Traducción realizada por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo*. Madrid y Barcelona.
- ROXIN, C. (1998). *Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima.
- SALINAS SICCHA, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL.
- Salinas, R. (2007). *Conducción de la Investigación y Relación del Fiscal con la Policía en el Nuevo Código Procesal Penal*. JUS-Doctrina.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. E. (2002). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurisa editores.
- SANCHEZ, S. (1999). *La Expansión del Derecho Penal-Aspectos de la Política criminal en las Sociedades Postindustriales*. Madrid, España.
- SANCHEZ., S. (s.f.). *Delitos contra la Administración Pública*.
- SANCINETTI, M. (1994). *Delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Buenos Aires.
- SENTENCIA N° 111-16-SEP-CC., CASO N°115-13-SEP (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Abril de 2016).
- SENTENCIA N°020-10-SCN-CC, CASO N° 0030-10-CN. (CORTE CONSTITUCIONAL DEL

- ECUADOR).
- SUAREZ GONZALEZ, C. (2001). *La Dogmatica Penal frente a la criminalidad en la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- SUAREZ GONZALEZ, C. (2001). *Los Delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios*. Lima: Grijley.
- TARUFFO, M. (2010). *Simplemente la verdad*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Tiedemann. (1990). *Estudio Jurídico dogmático de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid - España.: Ed. Ministerio de Justicia.
- VACA ANDRADE, R. (Agosto de 2009). *Análisis Jurídico*. Obtenido de <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/>
- VON LISZT, F. (1926). *Sobre la historia dogmática de la distinción Heinitz*.
- WESSELS, J. (1980). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Depalma.
- ZAFFARONI, E. R. (1980). *Tratado de derecho penal, tomo 3, B*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAVALA BAQUERIZO, J. (2000). *El Debido Proceso Penal*. Guayaquil: Edino.



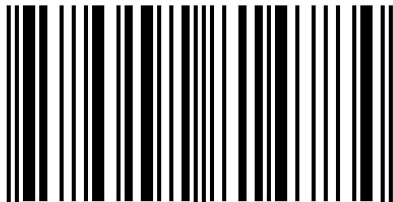
Washington René Astudillo Orellana

ABOGADO-DOCTOR EN JURISPUDENCIA
MASTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL
MASTER EN CRIMINOLOGÍA Y CIENCIAS PENALES.
MASTER EN DERECHO INTERNACIONAL Y DIPLOMACIA.
PHD (C) DERECHO PROCESAL Y CONSTITUCIONAL LIMA PERÚ (PUCP).
DOCENTE TITULAR AUXILIAR PRE GRADO Y POST GRADO
UNIVERSIDADES: UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL Y UEES.
CONFERENCISTA NACIONAL E INTERNACIONAL: TEMAS JURÍDICOS
PROCESAL PENAL CONSTITUCIONAL.
AUTOR DE VARIAS OBRAS PROCESALES, CONSTITUCIONAL,
CRIMINOLOGÍA Y DIPLOMACIA.
EX ASESOR JURÍDICO DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y
CONTROL SOCIAL (TRANSITORIO)
EX FISCAL PROVINCIAL DE GUAYAS y GALÁPAGOS – FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO.
FISCAL DE LO PENAL DEL GUAYAS- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. (EN
FUNCIONES)
MIEMBRO DEL INSTITUTO LATINOAMERICANO DE HISTORIA DEL
DERECHO.

ColloQUIUM

Editorial - Centro de Formación

ISBN: 978-9942-814-78-4



9 789942 814784