



**Universidad Tecnológica ECOTEC**

**Nombre de la Facultad**

Derecho y Gobernabilidad

**Título del trabajo:**

“Análisis jurídico del delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador, ante la posible vulneración de derechos constitucionales en su imputación dentro del proceso penal, durante el periodo 2018-2019”

**Línea de Investigación:**

Gestión de las relaciones jurídicas

**Modalidad de titulación:**

Trabajo de investigación

**Carrera:**

Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas

**Título a obtener:**

Abogado

**Autor (a):**

Christian Gerardo Calderón Hermida

**Tutor (a):**

Abg. Paolo Domínguez Vásquez

Samborondón – Ecuador

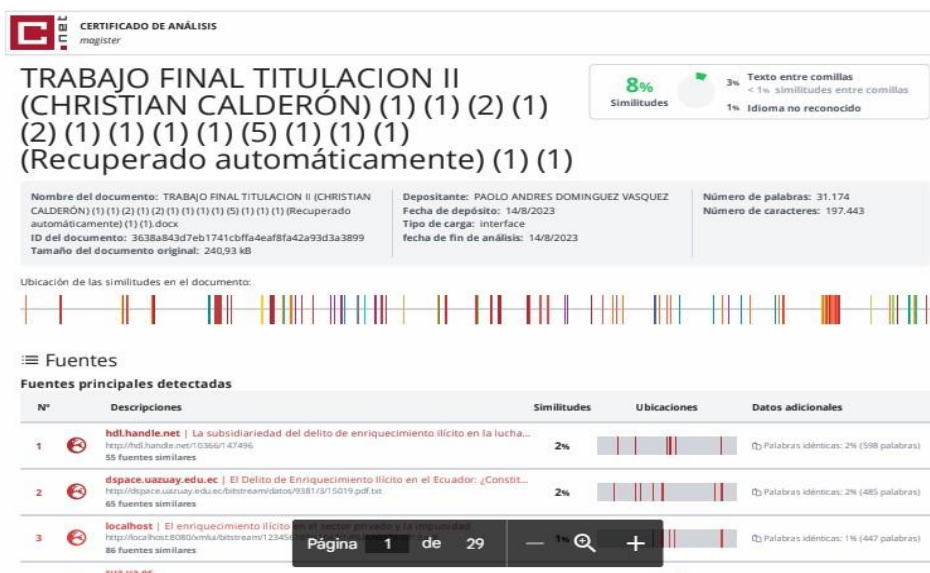
2023

## ANEXO N°15

### CERTIFICADO DEL PORCENTAJE DE COINCIDENCIAS

Habiendo sido nombrado PAOLO ANDRES DOMINGUEZ VASQUEZ, tutor del trabajo de titulación "Análisis jurídico del delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador, ante la posible vulneración de derechos constitucionales en su imputación dentro del proceso penal, durante el periodo 2018-2019" elaborado por **CHRISTIAN GERARDO CALDERÓN HERMIDA**, con mi respectiva supervisión como requerimiento parcial para la obtención del título de Abogado.

Se informa que el mismo ha resultado tener un porcentaje de coincidencias 8 (%) mismo que se puede verificar en el siguiente link: (<https://app.compile.io/v5/report/d5ec3ac8feb6c6a9fd8a3c373a27895e4f5a0863/sources>). Adicional se adjunta print de pantalla de dicho resultado.



**CERTIFICADO DE ANÁLISIS**  
magister

**TRABAJO FINAL TITULACION II (CHRISTIAN CALDERÓN) (1) (1) (2) (1) (2) (1) (1) (1) (5) (1) (1) (1) (1) (Recuperado automáticamente) (1) (1)**

8% Similitudes

3% Texto entre comillas < 1% similitudes entre comillas

1% Idioma no reconocido

Nombre del documento: TRABAJO FINAL TITULACION II (CHRISTIAN CALDERÓN) (1) (1) (2) (1) (2) (1) (1) (1) (5) (1) (1) (1) (1) (Recuperado automáticamente) (1) (1).docx  
ID del documento: 3638a843d7eb1741cbffa4eaf8fa42a93d3a3899  
Tamaño del documento original: 240,93 kB

Depositante: PAOLO ANDRES DOMINGUEZ VASQUEZ  
Fecha de depósito: 14/8/2023  
Tipo de carga: interface  
fecha de fin de análisis: 14/8/2023

Número de palabras: 31.174  
Número de caracteres: 197.443

Ubicación de las similitudes en el documento:

**Fuentes**  
Fuentes principales detectadas

N°	Descripciones	Similitudes	Ubicaciones	Datos adicionales
1	hdl.handle.net   La subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito en la lucha... <a href="http://hdl.handle.net/10366/147496">http://hdl.handle.net/10366/147496</a> 55 fuentes similares	2%		Palabras idénticas: 2% (598 palabras)
2	dspace.uazuay.edu.ec   El Delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador: ¿Consti... <a href="http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/bitstream/9381/315019/pdf/6">http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/bitstream/9381/315019/pdf/6</a> 65 fuentes similares	2%		Palabras idénticas: 2% (485 palabras)
3	localhost   El enriquecimiento ilícito <a href="http://localhost:8080/tema/bitstream/123456">http://localhost:8080/tema/bitstream/123456</a> 86 fuentes similares	1%		Palabras idénticas: 1% (447 palabras)

Página 1 de 29



Firmado electrónicamente por:  
**PAOLO ANDRES  
DOMINGUEZ VASQUEZ**

**FIRMA DEL TUTOR**  
**ABG. PAOLO ANDRÉS DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ**



## ANEXO N°16

### CERTIFICADO DE APROBACIÓN DEL TUTOR PARA LA PRESENTACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN CON INCORPORACIÓN DE LAS OBSERVACIONES DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Samborondón, 14 de agosto de 2023

Magíster

**Andrés Vicente Madero Poveda**

**Decano(a) de la Facultad**

**Facultad de Derecho y Gobernabilidad.**

Universidad Tecnológica ECOTEC

De mis consideraciones:

Por medio de la presente comunico a usted que el trabajo de titulación TITULADO: “Análisis jurídico del delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador, ante la posible vulneración de derechos constitucionales en su imputación dentro del proceso penal, durante el periodo 2018-2019” según su modalidad PROYECTO DE INVESTIGACIÓN; fue revisado y se deja constancia que el estudiante acogió e incorporó todas las observaciones realizadas por los miembros del tribunal de sustentación por lo que se autoriza a: **CHRISTIAN GERARDO CALDERÓN HERMIDA**, para que proceda a la presentación del trabajo de titulación para la revisión de los miembros del tribunal de sustentación y posterior sustentación.

**ATENTAMENTE,**



Firmado electrónicamente por:  
**PAOLO ANDRES  
DOMINGUEZ VASQUEZ**

**Mgtr. Paolo Andrés Domínguez Vásquez**

**Tutor**

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo de investigación, en primer lugar, es dedicado a Dios, porque ha sido el quien me ha dado las fuerzas y la sabiduría durante este largo camino, por otro lado, aquí en la tierra, quiero dedicar todo esto completamente a mi madre, porque gracias a su esfuerzo y constancia ha sido el pilar fundamental este proceso universitario, pues gracias a sus enseñanzas, sus consejos y su apoyo incondicional, puedo decir que, al día de hoy, soy lo que soy, gracias a ella.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco principalmente a mi familia, por haberme apoyado en cada momento de esta etapa universitaria, porque cada uno de ellos se ha convertido en una parte importante durante cada paso que he dado en mi vida, por eso quiero darles las gracias a Mariuxi, Jenny, Mercedes, Julio, Marjorie y Geovanny por creer en mi en todo momento y nunca dejarme solo, de igual manera agradezco a mi Alma Mater, la Universidad Tecnológica Ecotec, por haber sido durante estos 6 años de carrera la base de todos mis conocimientos, porque gracias a todo lo aprendido, tengo la certeza que me depara un futuro lleno de augurios y éxitos.

Por otro lado, quiero agradecer a todos mis amigos que han estado presentes a lo largo de mi vida; algunos muy antiguos, otros que hace poco he conocido, pero que al fin de cuentas se han convertido en mi familia, ya que han sido la parte fundamental para soportar cada golpe que me ha dado vida.

## RESUMEN

La corrupción ha envuelto al sector público, tanto así que, ha terminado contaminando en todas sus aristas, lo cual ha lleva a que países con controles paupérrimos en prevención contra delitos que afectan a la correcta eficiencia de la administración pública, han tenido que optar por buscar mecanismos alternativos que logren mitigar este tipo de conducta antijurídicas.

El delito de enriquecimiento Ilícito termina constituyéndose como un tipo penal que, aunque es autónomo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tiene un matiz de ser subsidiario de otros delitos, ya que es imposible omitir su estrecha relación con un delito previo que haya originado este incremento patrimonial injustificado.

De tal manera que, el hecho de ser un delito que supla las necesidades de la Fiscalía General del Estado tiene en ciertas circunstancias para investigar a funcionarios del estado por otros delitos, es únicamente una de las principales falencias de este tipo penal, pues ha quedado demostrado que evidentemente este tipo penal tiene incongruencias respecto a nuestro ordenamiento jurídico, pues el mismo, al momento de su imputación termina trasgrediendo el principio a la presunción de inocencia y el de la prohibición de no autoincriminación, lo que da como resultado inminente que un tipo penal con tales falencias; termina generando una gran inseguridad jurídica si se mantiene tipificado tal como se lo establece actualmente.

**Palabras claves:** Enriquecimiento Ilícito, Administración pública, subsidiario, autónomo, fiscalía general del Estado, presunción de inocencia, prohibición de no autoincriminación, incremento patrimonial injustificado.

## **ABSTRACT**

Corruption has involved the public sector, so much so that it has ended up contaminating all its edges, which has led to countries with very poor controls in prevention of crimes that affect the proper efficiency of public administration, have had to opt for seek alternative mechanisms that manage to mitigate this type of unlawful conduct.

The crime of illicit enrichment ends up being constituted as a criminal type that, although it is autonomous within our legal system, has a nuance of being subsidiary to other crimes, since it is impossible to omit its close relationship with a previous crime that has caused this patrimonial increase. unjustified.

In such a way that, the fact of being a crime that meets the needs of the State Attorney General's Office has in certain circumstances to investigate state officials for other crimes, is only one of the main shortcomings of this criminal type, since it has been It has been demonstrated that evidently this type of crime has inconsistencies with respect to our legal system, since it, at the time of its imputation, ends up violating the principle of the presumption of innocence and the prohibition of non-self-incrimination, which results imminently that a type penalty with such shortcomings; It ends up generating great legal uncertainty if it remains typified as it is currently established.

**Keywords:** Illicit Enrichment, Public Administration, subsidiary, autonomous, State Attorney General's Office, presumption of innocence, prohibition of non-self-incrimination, unjustified patrimonial increase.

## Índice de contenido

<b>Introducción</b> .....	<b>11</b>
<b>Antecedentes</b> .....	<b>14</b>
<b>Planteamiento del Problema</b> .....	<b>15</b>
<b>Objetivos:</b> .....	<b>20</b>
<b>Objetivo General:</b> .....	<b>20</b>
<b>Objetivos Específicos:</b> .....	<b>20</b>
<b>Justificación:</b> .....	<b>21</b>
<b>CAPITULO I</b> .....	<b>24</b>
<b>1.1 Definiciones y conceptos</b> .....	<b>25</b>
1.1.1 Enriquecimiento .....	25
1.1.2 Ilícito .....	25
1.1.3 Enriquecimiento sin causa .....	26
1.1.4 Corrupción .....	26
1.1.5 Delito Económico .....	27
1.1.6 Delincuentes de Cuello Blanco .....	28
1.1.7 Carga de la Prueba .....	29
1.1.8 Incremento patrimonial injustificado .....	29
1.1.9 Servidores Público .....	30
1.1.10 Presunción de Inocencia .....	31
1.1.11 Prohibición de autoincriminación .....	32
<b>1.2 Contexto normativo del enriquecimiento ilícito</b> .....	<b>33</b>
<b>1.3 Estructura del Delito de Enriquecimiento Ilícito</b> .....	<b>37</b>
1.3.1 Sujeto activo .....	38
1.3.2 Sujeto pasivo.....	40
1.3.3 Verbo rector del delito de Enriquecimiento Ilícito .....	41
<b>1.4 El Bien Jurídico que protege el Delito de Enriquecimiento Ilícito</b> .....	<b>42</b>
<b>1.5 La Presunción del Enriquecimiento Ilícito, ante la falta de declaración Patrimonial Jurada del funcionario Público</b> .....	<b>43</b>



1.6	<i>La Presunción de Inocencia en el Delito de Enriquecimiento Ilícito.</i>	46
1.7	<i>La prohibición de no autoincriminación durante la imputación del delito de Enriquecimiento Ilícito.</i>	50
1.8	<i>El papel de la fiscalía general del Estado en el delito de Enriquecimiento Ilícito</i>	52
1.9	<i>El delito de enriquecimiento ilícito visto desde la Legislación comparada.</i>	55
1.9.1	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.	55
1.9.2	Concepción del delito de enriquecimiento Ilícito en Costa Rica.	56
1.9.3	Concepción del delito de enriquecimiento Ilícito en Venezuela.	58
1.9.4	Concepción del delito de enriquecimiento Ilícito en Argentina.	59
1.9.5	Concepción del delito de enriquecimiento Ilícito en Colombia.	60
1.9.6	Concepción del delito de enriquecimiento ilícito en Estados Unidos y Canadá.	62
2.0	<i>Relevancia jurídica del Caso No. 09286-2018-02778.</i>	62
2.1	<i>Sentencia del tribunal Constitucional Portugués sobre el delito de enriquecimiento ilícito.</i>	65
<b>CAPITULO II</b>		<b>68</b>
2.1	<i>Enfoque de la investigación</i>	69
2.2	<i>Tipo de la Investigación</i>	69
2.3	<i>Periodo y lugar donde se desarrolla la investigación.</i>	70
2.4	<i>Universo y Muestra de la Investigación</i>	71
2.4.1	Universo	71
2.4.2	Muestra	71
2.5	<i>Técnicas de recolección de información:</i>	71
2.6	<i>Instrumento de recolección.</i>	72
2.7	<i>Métodos Empíricos</i>	72
2.7.1	Entrevista	72

<b>CAPITULO III .....</b>	<b>75</b>
<b>3.1 Análisis de resultados .....</b>	<b>76</b>
<b>3.2 Interpretación de Resultados .....</b>	<b>96</b>
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>100</b>
<b>PROPUESTA .....</b>	<b>100</b>
<b>4.1 Propuesta.....</b>	<b>101</b>
<b>4.1.1 Justificación de la propuesta .....</b>	<b>101</b>
<b>4.1.2 Propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal y     enmienda a la Constitución de la Republica del Ecuador. ....</b>	<b>102</b>
<b>4.1.3 Impacto Jurídico de la propuesta .....</b>	<b>106</b>
<b>4.2 Conclusión.....</b>	<b>108</b>
<b>4.3 Recomendaciones .....</b>	<b>110</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>113</b>

## Introducción

Un tema que en los últimos años ha sido muy común de ver en el Ecuador, ha sido la corrupción en el sector público, del cual ha derivado en que la confianza en los sistemas de gobierno se encuentre sumamente comprometida por la ineficacia y el despilfarro del activo público del estado. Situación que ha generado un gran perjuicio a las arcas estatales, ya que es evidente la falta de recursos para llevar a cabo un plan de gobierno óptimo.

Lo que ha acrecentado la normalización de ciertas conductas que tienen efectos adversos para la ciudadanía, pero que por su irrisoria consecuencia a corto plazo no se convierten en situaciones, que la sociedad lo vea con un riesgo para la institucionalidad del estado. Sin embargo, situaciones como, que parecen normales ante la sociedad que, se ha acostumbrado a irrespetar las normas y buenas costumbres de la vida en sociedad, pues esas mismas acciones, son las que en un futuro pueden terminar desencadenando en actos perjudiciales de gran magnitud dentro de la economía nacional.

esto ha tomado aún mayor connotación en la sociedad, ya que hoy en día ya no solo se normaliza los actos simples y comunes originados de la vida en sociedad, sino que se trata de normalizar situaciones de orden público, generadas por los mismos funcionarios que administran las carteras de estados, que por tener a su cargo la administración la administración del servicio público o simplemente por contar con atribuciones dentro de este sector público, pueden realizar actos ajenos a sus funciones, sin que en estos, recaigan consecuencias por su accionar.

Pero su importancia no solo radica en establecer proposiciones fácticas del tema social a raíz de la corrupción, sino que de la misma forma en la que el estado garantiza el correcto funcionamiento de la administración pública, también debe garantizar la correcta aplicación jurídica de la norma al momento de establecer responsabilidad en contra de los funcionarios del estado. Por ende, el simple hecho de tener a su disposición bienes y servicios de origen públicos, no puede ser razón suficiente para generar una imputación subjetiva

en contra de ellos, ya que no debe existir una distinción personal por ostentar un cargo a favor del estado, por el contrario, es menester de la administración de justicia el precautelar la seguridad jurídica a la hora de aplicar su poder punitivo estatal ante toda situación jurídica de hecho.

Es decir que toda presunta conducta antijurídica debe ser demostrada más allá de toda duda razonable, para que certifique la correcta configuración de un tipo penal, esto es poder identificar la materialidad del hecho y la responsabilidad del autor, por lo tanto su imputación debe siempre respetar los principios rectores del proceso penal y los principios que se derivan de la constitución de nuestro país, ya que la falta de concordancia con esto, provocaría dejar al funcionario en la cual recaen los cargos, en estado de indefensión ante la situación jurídica por la que se lo estaría procesando.

En base a esto, es posible establecer que existen problemas de aplicación en un delito como el de enriquecimiento ilícito, ya que su ineficacia, no sólo radica en una errónea aplicación por parte del órgano de justicia, esto debido a que la errónea interpretación de la norma también es responsable por la ineficacia jurídica que provoca la imputación de este delito.

Pero esta Ineficacia radica en la vulneración de dos principios fundamentales, que son la presunción de inocencia y la prohibición de autoincriminación del propio procesado, los mismos que deben ser cumplidos a cabalidad, ya que su omisión significaría una acción contraria a lo establecido en la ley, pero más que nada, estaría en contradicción a los principios que regulan la actividad procesal penal y los que garantizan el cumplimiento del debido proceso en toda instancia judicial o investigativa.

Situación que provoca una grave inseguridad jurídica durante el procesamiento de personas imputadas por el delito de enriquecimiento ilícito, ya que este delito tiende a invertir la carga de la prueba, para que sea la persona procesada, la que deba justificar el supuesto incremento patrimonial indebido del funcionario público al cual se le atribuye la responsabilidad material del delito.

De esta manera se puede establecer que el significado de la seguridad jurídica siempre tendrá una íntegra relación con los derechos, normas y principios que regulan el poder punitivo del estado en favor de la sociedad, por lo que este autor estipula lo siguiente:

La seguridad jurídica es uno de los valores que se propone alcanzar cualquier ordenamiento jurídico. Aunque se trate de un concepto abstracto, en la práctica se suele plasmar en una serie de derechos específicos alrededor de los cuales se articulan las relaciones entre los individuos y las autoridades, o bien entre los individuos entre sí, dentro de una determinada comunidad política. (Carbonell, 2021, p. 1).

Sin lugar a duda es muy trascendental de tratar por diversos motivos, pero en lo principal se destaca como motivo preponderante del tratamiento de este tema, su relación con la actualidad en la que vivimos en donde los actos de corrupción y el abuso del derecho por parte de sus administradores, ha llevado a que el sistema entre decadencia y se pierda la confianza en él.

Por ese motivo, darle un tratamiento a situaciones donde se ve evidenciada la indebida aplicación de normas jurídicas del derecho, genera una gran expectativa en el sistema de justicia, ya que esto representa, una grave inseguridad jurídica en los fines que el estado persigue para sus habitantes, ya que el lograr darle una mejor visión de sus falencias, puede influir en la realización de un sistema de justicia que condene al verdadero culpable y absuelva al inocente, sin que este tenga que pagar por la ineficiencia del mismo sistema al momento de su ejecución.

Por consiguiente, la finalidad de este trabajo de investigación será de analizar las causas que conllevan a la inobservancia de los principios de presunción de inocencia y la no autoincriminación en la imputación del delito de enriquecimiento ilícito, a través de un análisis de su constitucionalidad para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que demuestre la ineficacia del estado para ejercer su poder punitivo en los actos de corrupción del sector público.

Por lo que se lo realiza mediante un análisis descriptivo del tema en mención, con el fin de realizar una descripción de la problemática planteada, la

cual servirá, como método para encontrar respuesta acertadas a cada objetivo planteado, durante el desarrollo de la problemática que ha surgido de un tema que, aunque ha sido estudiado, jamás ha sido considerado como una verdadera propuesta de solución para esta problemática jurídica, por lo que también debe ser considerarse al método explorativo, como parte de la metodología a utilizarse como vía pertinente para el tratamiento de este tema, ya que mediante este se podría plantear soluciones viables ante un delito que no tiene razón, ni necesidad jurídica para su aplicación al día de hoy.

Además, de que el enfoque utilizado será cualitativo, ya que al aplicar este tipo de enfoque en una investigación de carácter descriptivo nos dará mayor profundidad de los datos recopilados, los que nos asegurara una gran riqueza interpretativa de cada uno de los datos obtenidos, a través de las técnicas y herramientas que se utilizara en un tema de investigación jurídica como este, los mismos que contendrán entrevistas, grupos focales, análisis de bibliografía y muchas más técnicas de investigación que sean viables con este enfoque.

## **Antecedentes**

Para conocer la realidad por la cual este delito, esta instaurado en nuestro ordenamiento jurídico, hay que entender que, el incremento de actos de corrupción en el servicio público es un tema que lleva debatiéndose durante años, pues la justificación que tuvo la reforma del código penal del 29 de agosto de 1985, en donde por primera vez se incluyó al delito de Enriquecimiento ilícito como un tipo penal, fue la intención de que se logre para los actos de corrupción, que durante algún tiempo habían empezado a crecer exponencialmente, por lo cual como deber prioritario del estado, se debía contener y sancionar estas conductas ilegítimas.

De tal manera que, el mal de la corrupción no es algo que ha nacido en base a los gobiernos y su sistema político de los últimos años, sino que es un tema que se ha arraigado en la cultura de nuestro país, por el hecho de hacer las cosas, porque son normales para el resto, sin saber las consecuencias que

esa pequeña acción puede desencadenar, ya que el simple hecho de negociar un servicio público, para generar un interés personal, es contrario con la ley, pues de desestima la esencia de ese servicio.

Este autor Ruiz (2010), delimita el significado de lo que se el servicio público conlleva.

Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer, de manera uniforme y continua, una necesidad de carácter general, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona. (p.14)

Por esa razón, podemos establecer que, toda acción u omisión al deber que un funcionario público tiene normado por ley, es un acto de corrupción, pues se está desalineando el objetivo que el estado tiene para brindar al estado en general, pues todo esto es resultado de la normalización de actos simples y comunes que por “viveza criolla” como vulgarmente lo llaman en nuestro país, ha desembocado que cometer este tipo de actos no vulnera ningún derecho, ni norma, pues se lo hace con la intención de cumplir sus intereses, muchas veces por ambición simplemente, pero comúnmente se da por estar en contra del trato que como estado se les da a sus servidores.

## **Planteamiento del Problema**

El derecho penal tiene como finalidad, ejecutar normas de control y represión social, que aseguren el correcto funcionamiento de la vida en sociedad, pero, estas normas de control punitivo por parte de estado, siempre debe contar con límites a su accionar, es por eso que, mediante los principios rectores se trata de generar un límite a la actuación del poder punitivo del estado, para que de esta forma se respete la integridad y los derechos fundamentales, que cada persona posee, aun cuando se encuentren procesados por alguna presunta conducta antijurídica.

Es por eso que, cada tipo penal debe ir en total concordancia con los principios constitucionales y procesales del procedimiento penal, los mismo, que rigen el ordenamiento jurídico, pues estos garantizan el debido proceso durante toda sustanciación de las causas penales. En cuanto al caso del delito de enriquecimiento ilícito específicamente, es evidente que no cumple con los derechos, principios rectores del proceso penal, y garantías básicas Constitucionales; en gran parte porque es un tipo penal creado con anterioridad a la actual constitución del 2008, lo que significa que, al momento de su creación, no tuvo el correcto control preventivo de constitucionalidad.

Aunque ha sido un tipo penal que, en reiteradas disposiciones normativas se ha ampliado su alcancé y su poder punitivo contra las conductas que se ejecuten por acción o que simplemente se presumen por la omisión de la misma. Este problema normativo, no nace por ser una solución a la creciente corrupción en el sector público actualmente, sino que, al ser un delito ya tipificado en el Código penal anterior, el cual está configurado en base a la normativa constitucional pasada, en la cual no se había desarrollado aun completamente ciertos principios, derechos y garantías básicas del derecho, como las que al día de hoy, nuestra legislación posee, es un claro precepto por el cual un delito como este aún existe al día de hoy; aunque el mismo es contrario a nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto se indica:

Que, según el criterio de Donna y Saumell se afecta al debido proceso; Donna, Saumell, Peña Ossa, Todarello, Sancinetti coinciden en afirmar, que sufre detrimento el derecho a la defensa, cuando se obliga a declarar contra sí y sostienen que se menoscaba el estado de inocencia, cuando se revierte la carga de la prueba al procesado; para finalizar, Saumell y Sancinetti formulan que se perjudica al principio de legalidad, porque el ilícito no posee conducta típica (Narvárez, 2011, p. 20-21)

De esta manera, se nota incomprensible como puede ser tipificado como un tipo penal, un delito que, vulnera varios principios constitucionales, pero que, entre todos principios que nuestra carta magna establece, hay uno, al cual



el derecho penal le tiene le da una gran relevancia al momento de criminalizar cualquier conducta típica, antijurídica y culpable que desestabilizan el correcto funcionamiento del estado, como lo es el principio de Inocencia, el mismo que se encuentra instaurado en el (Art. 76.2. CRE) y estipula lo siguiente: durante todo proceso en el cual se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 23).

Situación que en el tipo penal del Enriquecimiento Ilícito no se cumple, ya que este de tal manera obliga a que sea la persona que se presume ser el autor material del hecho, él justifique su incremento patrimonial, porque de no hacerlo u omitirse se configura el verbo rector de este delito y por ende será presumible el cometimiento del delito, el cual ataca directamente a los principios rectores del proceso penal, los cual se encuentran estipulado con el fin de limitar el poder punitivo del estado y garantizar el correcto funcionamiento del poder judicial, generando seguridad jurídica en todas las etapas del mismo.

Todo lo expuesto anteriormente, se lo sustenta de la siguiente manera:

La culpabilidad del acusado procesalmente debe obtenerse de fuente de pruebas independientes a su propia persona, pues si es considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad dentro de un proceso legalmente desarrollado, esa inocencia debe ser destruida por medios de prueba cuya fuente sea extraña a la persona. El nexo causal entre este y el acusado y de la culpabilidad del acusado, no puede descansar en la persona del inculcado (Zavala, 2002, como se citó en Zamora & Guerrero, 2020, p.18).

Es decir que se ve comprometido el principio constitucional de la no autoincriminación de la persona procesada, así mismo como la prohibición de autoincriminación como principio fundamental del proceso penal, esto porque la esencia fundamental de nuestro sistema judicial, está basado en un sistema dispositivo, en donde las parte procesales son las obligadas a argumentar y comprobar la materialización de la infracción y por ende al corresponderle la

carga de la prueba al titular de la acción penal, es esta persona la llamada a probar la culpabilidad o la inocencia de acuerdo a la pruebas recolectadas y posteriormente aportadas en juicio, para que de esta forma se rompa el estado de inocencia que toda persona posee hasta que se demuestre lo contrario mediante sentencia ejecutoriada.

Situación que provoca inseguridad jurídica, debido a que esta una un principio fundamental para regular las relaciones políticas, económicas y sociales, que a falta de esta puede traer irrupciones a la paz social que el estado como ente administrador de las relaciones entre los individuos está comprometido a proteger, precautelando la debida aplicación del derecho en cada instancia de la vida jurídica de nuestro país, es decir que sin esto, se perdería el respeto a las normas que nos regulan como sociedad y provocaría ineficacia jurídica de las mismas.

En razón de esto, se podría llegar a establecer lo siguiente:

No existe seguridad jurídica cuando se pretende hacer surtir efectos retroactivos a una disposición legal, para hacerla aplicable a situaciones y derechos adquiridos en virtud de una norma jurídica anterior, o cuando el propio Estado altera o irrespeta las reglas de juego establecidas para regir una relación determinada; en fin, no existe seguridad jurídica cuando se rompe el principio de la igualdad ante la ley (Rosero, 2003, p. 7).

De esta forma se puede ratificar el análisis previo que se trató en los párrafos anteriores, ya que este delito puede ser catalogado como un tipo penal que carece de legalidad jurídica y congruencia con las normas vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, esto debido a de que este tipo penal no guarda relación de constitucionalidad, y convencionalidad con los principios que nuestra constitución establece como derechos fundamentales a respetarse y garantizarse durante todo proceso penal, ni peor aún con las normas internacionales de derechos humanos para las personas procesadas penalmente.

Por lo tanto, la razón de su estipulación como un tipo penal autónomo dentro de nuestro ordenamiento penal es el siguiente:

Pues resulta, que el tipo penal enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, fue creado por la necesidad de la sociedad de detener la corrupción, y al tenor del procedimiento legislativo establecido en la Constitución y la Ley de la época; normas que han sido ratificadas por la actual Constitución; resultando que desde el punto de vista interno o de estricta legalidad, es un tipo penal válido o legítimo, pudiendo afirmar, que el tipo penal enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos cuenta con validez (Narváez, 2011, p. 23)

Con esto, lo que se demuestra es que su validez es reconocida por el simple hecho de que ante el referéndum que aprobó el reemplazo de la constitución 1998, a este tipo penal se le ratificó su legalidad por no haber oposición ante la naturaleza jurídica que la nueva constitución otorgaba mediante sus derechos y obligaciones, aun cuando este no guardaba relación con la misma, por lo derechos y obligación a los cuales está normal jurídica le reconoció, es decir que la validez del mismo no cuenta un fundamento jurídico concreto por el cual se deba criminalizar el incremento patrimonial injustificado de un funcionarios del estado, ya que su legalidad está ligada a que hasta el día de hoy no ha existido una acción de inconstitucionalidad, con la que se genere un debate sobre su necesidad dentro del ordenamiento jurídico penal Ecuatoriano

Tal como se estipula en el Artículo 20 de la Convención de las naciones unidas contra la corrupción (2004), en se afirma lo siguiente:

Bajo sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él (p. 20).

Es por esto que la convención de las naciones unidas procuro en todo momento proteger la soberanía nacional de cada país, esto en base a que cada ordenamiento jurídico que cada país miembro contempla tal vez no tiene la misma flexibilidad constitucional para incorporar un delito con las características que el enriquecimiento ilícito comprende en su configuración, situación que puede variar de acuerdo a la constitución y a las leyes locales que la preceden, lo que significa que su implementación y aplicación dentro del derecho , no tiene un carácter vinculatorio, sino facultativo, ya que dependerá de los derechos y garantías al que tenga alcance la normativa constitucional y legal de cada país.

Ante esta problemática surge la necesidad de analizar lo siguiente:

¿En qué medida el delito de enriquecimiento ilícito en el Ecuador socava la eficacia jurídica del proceso penal y plantea desafíos en términos de equidad y protección de los derechos fundamentales?

## **Objetivos:**

### **Objetivo General:**

Demostrar la vulneración a los derechos constitucionales de los funcionarios públicos procesados penalmente, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba que el delito de Enriquecimiento Ilícito provoca durante su imputación.

### **Objetivos Específicos:**

1. Identificar si el delito de enriquecimiento ilícito está tipificado bajo la sujeción de nuestra constitución y los principios fundamentales del debido proceso.
2. Delimitar las falencias que tiene el tipo penal del enriquecimiento ilícito durante su imputación.

3. Determinar si existe una inversión de la carga de la prueba a favor del funcionario público procesado, cuando este es investigado por supuestamente ajustar su conducta a este tipo penal.

### **Justificación:**

Un estado Constitucional derechos y justicia, en donde la base de su armonización jurídica está basada en derechos y garantías que su norma suprema promulga, por ende, debe contener un ordenamiento jurídico de conformidad a la establecido por nuestra Constitución de la República del Ecuador, esto, debido a su supremacía normativa ante las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico.

Por esa razón, concebir un tipo penal como el enriquecimiento ilícito dentro del Código Orgánico Integral penal; no tiene mucho sentido, ya que está comprobado que para la configuración de este delito, existe una inversión en la carga de la prueba, por lo que una situación relativa a esto deja en evidencia la inseguridad jurídica, que provoca el tipificar un tipo penal que vulnera los principio de inocencia y la no autoincriminación del procesado, principios que, son extraídos en base a los derechos de protección que la Constitución de la República de Ecuador, ha establecido para las personas procesadas penalmente .

Es de ahí de donde nace la relevancia de esta investigación, debido a que, el sistema de justicia debe hacer prevalecer la correcta aplicación del derecho. Lo que demuestra que no pueden existir delitos que basen su implementación en la falta de control institucional del sector público, cuando en realidad la necesidad debe ser relativa a la erradicación de una conducta típica que por su relevancia vulnere un bien jurídico protegidos que no tenga otra forma eficaz de ser repelida por el poder punitivo estatal, esto en base a que la intervención penal debe ser mínima, es decir que debe aplicarse solo en casos en donde las demás vías jurídicas carezcan de eficacia para la reparación de los daños derivados de la conducta penalmente relevante.

Debido a esto, más allá de buscar la correcta aplicación que se le debe dar las normas jurídicas, también nace la necesidad de que se sancionen delitos de esta naturaleza, pero sin que se confunda la necesidad que se tiene, con la relevancia que puede llegar a causar si se omite su regulación. Por tal motivo, consideramos que es importante buscar la forma de poder sancionar este tipo de delitos, que causen un daño lesivo, pero sin vulnerar el debido proceso, ni los principios constitucionales y legales que nuestra normativa ha establecido como medio regulador de los procesos penales.

De acuerdo a esto es posible demostrar la viabilidad de esta investigación, ya que es un tema de gran relevancia al cual se le ha dedicado varios análisis, pero aún ninguno ha llegado a la profundidad para establecer la inconstitucionalidad de este tipo penal, pero no por ser imposible de realizarlo, sino por el hecho de que es un delito que busca subsanar el ineficiente control administrativo dentro del sector público, ya que este es un delito subsidiario de los demás delitos contra la administración pública, esto quiere decir que ante la imposibilidad de imputación de otro delito, se utiliza este para subsanar la incapacidad para demostrar una conducta antijurídica.

El resultado que esta Investigación genere tendrá gran relevancia en el sector público, ya que el sujeto activo de este delito tiene como principales protagonistas a los funcionarios de estado, los cual tienen el deber objetivo de cuidado de precautelar el patrimonio que ha les ha sido encargado mediante sus funciones administrativas. Pero de la misma manera es de suma importancia que ante las conductas de corrupción cometidas dentro del sector público, los autores materiales de estos hechos sean correctamente juzgados en base a los derechos y garantías básicas que nuestra carta magna establece y a lo relativo con los principios que establece el Código Orgánico Integral Penal para los procesos penales.

Pero lo interesante de un tema como este, no solo nace de su relevancia con el sector público, sino que es un tipo penal al cual se le ha otorgado mucha importancia para la imputación de cargos por la conducta antijurídica que este delito establece, es decir que es un tipo penal, del cual se conoce mucha información y por ende también se conoce la problemática que

genera su configuración dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pero que no ha sido objeto de estudio porque es un tipo penal que arregla los problemas probatorios cuando no se logra la configuración de algún delito que afecta a la administración pública. Es por eso que la metodología en esta investigación va a tener un gran impacto con el desarrollo del tema, ya que la información que se obtenga mediante esta generará una descripción del problema y la vía más segura para que se subsane su mala aplicación.

De acuerdo a todo esto queda evidenciado la gran importancia que puede significar para el mundo del derecho penal encontrar alternativas eficaces para la aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito, ya que sobre este delito yacen varias investigaciones y opiniones de juristas, abogado y estudiantes que consideran las vulneración a principios fundamentales como son los principios de inocencia y de la no autoincriminación, pero que no ha sido valorado de forma más exhaustiva para demostrar la inconstitucionalidad de este tipo penal. Lo que para todo estudiante de derecho sería un gran logro personal, ya que la esencia del Abogado es buscar la justicia y la certeza jurídica, con el afán de resolver conflictos de índole jurídico que agobien a la sociedad.

Por lo que llevar a cada una investigación de este tipo generará múltiples beneficios sociales, ya que esto logra robustecer nuestro ordenamiento jurídico y lograra que la sociedad respeten la normativa que nos regula, por lo que la existencia de una clara seguridad jurídica e institucional generará en los ciudadanos la certeza del buen obrar de las instituciones y del poder que el estado aplica contra la sociedad, dándole certeza y previsibilidad respecto a la aplicación de normas previas, cuyo principal objetivo radique en el inmediato orden y paz social e individual, para que de esta forma exista un desarrollo de la sociedad, la cual se pueda sentir tranquila ante la seguridad que el estado les proporcionará en toda instancia legal, así como la forma en la que el estado actuara en contra de las conducta antijurídicas que sean lesivas para el desarrollo social.

**CAPITULO I**  
**MARCO TEÓRICO**



## **1.1 Definiciones y conceptos**

### **1.1.1 Enriquecimiento**

El enriquecerse no tiene un sentido doloso, pues el hecho de generar una riqueza en virtud de una profesión o actividad, es viable, incluso es necesario para sistema financiero, ya que ese enriquecimiento genera que exista mayor fuljo económico, y por ende una mayor intermediación financiera por parte de los agentes superavitarios. Es decir que, el hecho de enriquecerse no tiene un tinte delictuoso, pero lo que lo vuelve así, es el hecho de que dicha riqueza sea obtenida de forma ilícita.

Por esa razón, se define al enriquecimiento según la Asociación de Academias de la Lengua Española (2014) “como la Acción y efecto de enriquecer” (p. 1). Por lo cual, esta acción de enriquecer hace alusión a lo que según Westreicher (2020) establece “como el proceso por el cual una persona incrementa su patrimonio. Es decir, se refiere al incremento de dinero y/o bienes materiales” (p. 1).

Es decir que esta acción es un incremento patrimonial, el cual versara en cuanto a la obtención material, de Bienes, acciones, créditos, derechos y cualquier otro tipo de bien, que tenga valor económico y que entre a formar parte del haber de una persona, sin que, debido a este exista una disminución del mismo, sino que, por el contrario, que esta acción o efecto acrecenté el patrimonio.

### **1.1.2 Ilícito**

La definición general, que según la Asociación de Academias de la Lengua Española (2014) establece para este término, es algo que no está permitido legal o moralmente, ya que la ausencia de esto lo convierte en un acto contrario a lo que la ley permite, situación que lo convierte en un acto fuera de la esfera de la ética y las buenas costumbres.

Si trasladamos este concepto a la esfera de las situaciones ilícitas que deben ser castigadas y judicializadas por su afectación social, se entendería que toda conducta fuera del marco de ley, es ilícita, pues el hecho de que no se permita, termina significando un hecho aislado del bien social, ya que no contribuye a generar un entorno socialmente seguro, en el cual perdure el bien común y las buenas costumbres de una vida en sociedad.

### **1.1.3 Enriquecimiento sin causa**

Esta es la conducta típica que el delito de Enriquecimiento Ilícito busca mitigar, ya que la causa por la cual existe dicho incremento comúnmente es desconocida, pues en ocasiones estas son fruto de otro delito que se haya suscitado previo a este incremento, lo cual termina generando este hecho de aprovecharse ilícitamente de los bienes estatales para obtener un beneficio propio a costa del pueblo.

De acuerdo a la definición dada por Merchán (2015), esta teoría se la define de la siguiente manera:

La teoría del enriquecimiento sin causa, tiene fundamento en los valores equidad y justicia; los elementos esenciales generalmente aceptados para el enriquecimiento sin causa, son: el incremento del patrimonio de una persona a costa de la disminución inversamente proporcional del patrimonio de otra, y la ausencia de una causa que justifique su desplazamiento (p. 7).

### **1.1.4 Corrupción**

Para el Ecuador, el tema de la corrupción ha sido una constante interminable, pues es evidente que la mala administración del sistema público, ha desencadenado varias situaciones que al día de hoy son el reflejo inmediato de todas las pasadas administraciones, situaciones que en plano económico

han tenido mucha injerencia, pues el hecho de que nuestra economía haya decaído tanto, en tan pocos años, es el resultado de ese despilfarro del erario público estatal.

En razón de dar a entender la magnitud de lo que la corrupción significa, Galli (1996) ha establecido el siguiente concepto:

La corrupción es un fenómeno que altera o trastoca la forma de alguna cosa. Pero puede referirse a realidades materiales o morales, por lo que aparecen varios sentidos del término que nos ayudan a precisar nuestro objeto. Hay formas de corrupción de las cosas materiales y otras formas de corrupción de las acciones morales. En esta definición observamos una reflexión sobre los planos éticos y materiales del fenómeno. En nuestro caso no nos centraremos sobre las cuestiones materiales, porque creemos que la corrupción está fincada en el plano del obrar de los actores (p. 214).

Es decir que, la corrupción es un mal que lo único que busca es alterar el correcto funcionamiento de una cosa, que, orientado a tema público, las consecuencias de esta alteración, son evidenciadas en esa eficiencia que la administración pública debe tener para sus administrados, pero que un País como Ecuador, se ha trastocado tanto, incluso hasta el punto de que sus propios funcionarios buscan medidas abusivas y desleales para hacer contra al sistema.

### **1.1.5 Delito Económico**

Desde un punto de vista jurídico, podemos hacer alusión a la definición que Delmas (1981) establece "como aquella que ataca las estructuras relativas a la producción, circulación, distribución y consumo de las riquezas de un Estado determinado" (p. 30)

Esto quiere decir que, no son delitos que tienen como sujeto pasivo una persona en específico, pues no son delitos comunes que afectan a una individualidad, sino que por su forma se estar consagrados, son delitos que

afectan a la colectividad, pues, aunque su efecto no tiene una repercusión inmediata y visible sobre los individuos de una sociedad, el daño se genera y afecta de igual forma a todos los individuos que habitan en un estado.

### **1.1.6 Delincuentes de Cuello Blanco**

Al establecer que los delitos económicos, del cual es parte el tipo penal del enriquecimiento ilícito, no son delitos comunes, también es importante destacar que las personas que están involucradas en estas conductas no forman parte de esa delincuencia común, ya que, por el contrario, los actores en este tipo de conductas, es personas que tiene acceso inmediato a los bienes del estado, incluso, más allá de tener este acceso, también tienen un grado de conocimiento mayor al promedio.

Por esa razón es un delito que recurre a un sujeto activo calificado, pues únicamente quien puede incurrir en este delito, es un funcionario del estado que se encuentre en funciones, y que en virtud de esto se beneficie ilegalmente de cargo que ostenta.

De tal manera que, según lo establecido por Segovia (2013) este perfil criminológico tiene ciertas singularidades, las cuales podemos encuadrarlas perfectamente al perfil que un funcionario del estado puede llegar a tener:

Los delincuentes de “cuello blanco” aparecen en el esquema criminológico como sujetos activos, personas con cierta preparación cultural, social y económica, que abusan del poder, pues saben de antemano que, casi siempre, esta forma delictiva es impune, sea por la falta de tipicidad, por el amparo del grupo de poder al que pertenece, o bien por la ausencia de reproche social relacionado con la condena penal de un hombre de negocios. Este tipo de individuos pertenece a las altas esferas de poder económico, político y social; su imagen provoca una estima social, contrariamente a lo que ocurre con los delincuentes comunes (p. 33).

En esta definición dada por este autor, hay que destacar principalmente la última línea, ya que es la situación que más se le acopla al perfil de un funcionario del estado, pues este en razón de su cargo y de su vocación al servicio que le otorga la ley, genera la confianza de las personas a las cuales administra, pero en realidad solo usa esta confianza como un medio que esconda sus verdaderas intenciones.

### **1.1.7 Carga de la Prueba**

En Ecuador tipo de sistema que esta instaurado para todo proceso penal, es el acusatorio, por lo tanto, en base a que, “todo proceso penal debe ser guiado en sujeción a la presunción de inocencia en beneficio del acusado, por lo cual, termina siendo evidente que la responsabilidad de demostrar recae sobre la parte acusadora” (Nájera, 2009, p.58).

Esto quiere decir que, tal como la constitución y el Código Orgánico Integral Penal lo estipula, la fiscalía es quien tiene la carga de la prueba en materia penal, esto por cuanto, la titularidad de la acción penal está dentro de las atribuciones y facultades otorgadas por la ley a los fiscales, ya que son ellos quienes se encargaran de llevar las actuaciones y demás diligencias durante la fase preprocesal y todas demás etapas que conlleve el proceso penal.

De igual forma, es necesario que se aporte con una decisión clara de lo que conllevar la carga probatoria en las ciencias jurídicas, para esto la Real Academia Española (2023) establece lo siguiente “es una infracción o excepción del principio general según el cual la carga de probar corresponde al que afirma unos hechos o sostiene una determinada pretensión” (párr.1), de tal manera que, se da a entender con gran claridad que en materia penal, la inversión de la carga de la prueba no está determinada por el legislador, por lo cual, es totalmente obsoleto recurrir a ella.

### **1.1.8 Incremento patrimonial injustificado**

Se debe entender que existe un incremento patrimonial sin causa alguna, cuando existe una desproporción entre lo que una persona percibe fruto de su peculio profesional, en comparación con los bienes que ostenta al momento de dicho análisis, pues si estos son demasiado elevados, para la situación económica que el sistema financiero y tributario demuestre, existirá un incremento patrimonial. Por lo que, de ser el caso, si este no puede ser demostrado por medios lícitos de que dichos fondos pertenecen a actividades totalmente legales, en ese momento se podrá entender que el patrimonio además de desproporcionado con la realidad, es injustificado.

El siguiente autor da una definición en base a su apreciación de cómo opera un incremento patrimonial injustificado:

Si los ingresos gravados, exentos y no sujetos en uno o varios períodos fiscales son inferiores al consumo, gastos, ahorro e inversión de un individuo en esos mismos períodos, se considerará que la diferencia constituye un aumento en el patrimonio derivado de ingresos no declarados. En tal caso, la Autoridad Tributaria solicitará la justificación y el pago de impuestos, si corresponde. (Delgado, 2010, p. 80).

En razón de esto, es necesario establecer que, el autor toma como situación para ejemplificar este tema, debido a que, una de las formas para identificarlo, es determinando si los ingresos declarados ante la autoridad tributaria, son los mismos que se dispone realmente, pues de no ser el caso, se estaría incurriendo en temas de evasión fiscal, lo cual podría terminar desembocando en un posible Enriquecimiento Ilícito si la persona a la que se determinado, es un funcionario del estado.

### **1.1.9 Servidores Público**

Como objeto de estudio, el funcionario Público dentro de esta investigación tiene gran relevancia, pues el delito de enriquecimiento ilícito está estrechamente relacionado con el cargo que este funcionario ostenta, esto en virtud de que, para incurrir en esta conducta, es necesario que se tenga como

principal actividad económica el ejercer un cargo público, ya que esta es la circunstancia principal para que este delito pueda configurarse.

Es por eso que, López (2019) establece lo siguiente:

el servidor público es una persona que en su actividad tiene una función social, es el nexo entre el poder del Estado con la sociedad. Es también conocido como funcionario público o burócrata, trabaja para la administración del Estado; en la alcaldía, en el hospital público, en la policía, en el colegio, en la presidencia, en el ministerio, en los juzgados, en las empresas públicas, en las embajadas, en el cuerpo de bomberos entre otras instituciones (párr. 1).

En base a esto, se trae a acotación que un funcionario público termina siendo el sujeto activo idóneo para cometer delitos contra la administración pública, ya que al formar parte de una institución del estado, tiene acceso primordial a todo el erario público que dicha dependencia maneja, lo cual, puede conllevar a que en razón de su cargo este pueda terminar incurriendo en conductas antijurídicas que generen un beneficio patrimonial para el funcionario que no pueda ser justificado con relación a sus actividades como funcionario del estado.

### **1.1.10 Presunción de Inocencia**

Este principio que se encuentra recogido dentro los principios fundamentales del proceso penal, incluso, tiene su base constitucional, pues es parte de los derechos civiles, en su artículo 24, numeral 7; el cual, ampara el derecho de que toda persona sea reconocida mediante un estatus jurídico de inocente hasta que mediante sentencia ejecutoriada se reconozca lo contrario.

Esto quiere decir que, nadie puede ser tratado bajo ningún criterio, ni presunción de culpabilidad, como el inminente responsable de un hecho, si este ha tenido el total discernimiento en una investigación clara y regida bajo los límites del debido proceso, pues el hecho de omitir una simple rigurosidad

normativa, acarrea un vicio procesal dentro de cualquier proceso judicial; más aún si tal vulneración es consecuencia de la afectación a la debida presunción de inocencia.

De acuerdo con la Sentencia No 004-10-SCN-CC (2010) la corte constitucional ha establecido el siguiente criterio:

La presunción de inocencia implica el derecho del imputado a ser tratado como inocente durante el proceso. La inocencia es un derecho connatural del hombre que existe antes de toda forma de autoridad y de Estado. Esta, a diferencia de lo que ocurría en el procedimiento inquisitivo, debe ser ampliamente reconocida en el procedimiento acusatorio. Las consecuencias más importantes al afectar este principio se refieren a la supresión del auto de procesamiento y, consiguientemente, la calidad de procesado y las gravosas consecuencias que de ella se derivan; y a la reglamentación de las medidas cautelares, en especial la prisión preventiva, que debe ser una medida excepcional, fundada estrictamente en la necesidad de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal (p. 17).

Es decir que, tomando en cuenta la presente investigación sobre el tipo penal del enriquecimiento ilícito, tendríamos la notoriedad de que mediante su redacción, tiende a describir ciertas particularidades que pueden conllevar a que este principio se vea menoscabado por la incorrecta imputación durante su etapa investigativa, pues el hecho de que exista una posible inversión en la carga de la prueba, como fruto de las investigación de este tipo penal, es lo que termina generando la vulneración a este principio.

### **1.1.11 Prohibición de autoincriminación**

Es necesario comprender el significado de este principio, más que nada, porque es el punto de partida para identificar las falencia del tipo penal puesto en discusión en esta investigación, pues el sentido jurídico que tiene este



principio de no autoincriminación, es esa limitante al poder punitivo del estado al momento de indagar todos los elementos de convicción validados para su acusación, ya que no existe posibilidad alguna que ninguna autoridad judicial, pueda poner en una situación contraproducente a una persona investigada, pues ese hecho inminentemente terminará generando una incriminación.

En un sentido genérico nos referimos a que nadie puede actuar en contra de sí mismo. Entonces claramente vemos que su aparición es a consecuencia de la abolición de todas las instituciones de corte inhumano como las que se daban en los métodos de forzamiento y accionar al declarante (Quishpe, 2017, p. 34)

En razón de este criterio, hay que poner mucho énfasis en su última línea, debido a que, no se puede buscar accionar al declarante mediante ningún medio para que este se incrimine, pues esta incriminación no solo abarca el hecho de declararse culpable por dicha conducta por la cual se lo está imputando penalmente, sino que también entre el hecho de poner a la persona investigada en una posición de descredito con el fin de que no se tenga más opción de confesar.

Si basamos esto en el delito de enriquecimiento ilícito, nos podemos dar cuenta que, si el funcionario no justifica su incremento patrimonial; su única solución es declararse culpable para recibir algún tipo de atenuante o beneficio en su condena, ya que el delito únicamente se configura con la falta de justificación legal suficiente.

La importancia del análisis jurídico de este principio y de su conceptualización dentro de nuestro ordenamiento Jurídico, radica en que el tipo penal denominado como enriquecimiento Ilícito, pone en una situación contraproducente al funcionario investigado por este delito, ya que no termina desvaneciendo totalmente la presunción de inocencia del imputado, sino que deja en manos del funcionario la defensa de su libertad.

## **1.2 Contexto normativo del enriquecimiento ilícito**

Antes de poder adentrarnos en el contexto formal del problema, debemos entender el significado del delito de enriquecimiento ilícito, pues es un tipo penal con mucha injerencia en el tema delitos contra la administración pública, por ende, nuestro propio Código Orgánico Integral Penal, lo define de la siguiente manera:

Art. 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 (Asamblea Nacional, 2014, p. 87).

Es decir que esta fuente primaria, es el comienzo en el profundo análisis normativo que tendrá esta investigación, ya que el tipo penal se encuentra vigente en nuestra normativa, pero posee muchas falencias en su aplicación, por cuanto, se puede considerar contrario a sistema constitucional que tiene nuestro país, ya que durante su imputación termina conminando al investigado a justificar la procedencia de su incremento patrimonial, pues a falta de esto; se presumiría que se ha configurado la acción típica, antijurídica y culpable que el delito persigue, pero a costas de esto genere una vulneración a los principios y derechos constitucionales establecidos para el correcto funcionamiento del sistema de justicia.

En ese sentido, podemos ubicar que este tipo penal tiene dos elementos claves en su redacción, pues la conducta a la cual el tipo penal hace referencia, es que exista por un lado un beneficio patrimonial injustificado; lo cual tiene que ver con que un funcionario público en total capacidad de las funciones que el

estado le ha encargado, tenga en su haber un patrimonio que no guarde congruencia con lo que el percibe, pues ese excedente patrimonial, hace presumir que el origen de aquel patrimonio, sea producto de actividades fuera de la esfera pública a la cual está ligado el funcionario o funcionaria del estado.

Pero no únicamente se debe cumplir con ese requisito normativo, sino que también, ese haber patrimonial injustificado tiene que haber causado un detrimento al estado, pues obviamente, sino existe esto, sería una grave vulneración a varios principios del proceso penal, ya que el derecho penal debe limitarse a intervenir en situaciones de gravedad; por lo cual, es necesario que el derecho penal surja siempre que existan situaciones donde ninguna otra área del derecho pueda intervenir.

Por esa razón, el propio Código Orgánico Integral Penal regula esta intervención estatal bajo el siguiente principio, reconocido en el “Art. 3.- Principio de mínima intervención. – La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales” (Asamblea Nacional, 2014, p. 8).

Es decir que, la intervención del estado debe reservarse para conductas sumamente relevantes para la sociedad, ya que de no ser así, este principio se vería trasgredido; situación que no es muy ajena a la realidad, ya que el tipo penal en mención no mantiene una base económica que sustente cual debe ser el incremento patrimonial mínimo para que configure este delito, es decir que, se podría entender que si el incremento es incluso por valores ínfimos; esto podría conllevar a que el funcionario termine siendo procesado por este delito.

Otro de los grandes problemas en los que recae este tipo penal, es esa indebida inversión a la carga de la prueba que se da durante la imputación de este delito, ya que se termina obligando a que el procesado sea quien se deba defender ante las acusaciones que la Fiscalía impute a este funcionario

investigado, lo cual no solo denota la falta de probidad durante toda esta etapa preprocesal, sino que significa una grave vulneración a varios principios y derechos fundamentales.

Por lo tanto, esto tiene gran relevancia de acuerdo a lo estipulado en el propio Código Orgánico Integral Penal, cuando se otorga de forma expresa la titularidad absoluta de la acción penal a la fiscalía, lo cual se ve materializado en el “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” (Asamblea Nacional, 2014, p. 128).

En ese sentido, podemos definir que, en este tipo penal contar con elemento suficientes abarca únicamente tener como prueba material que sustente una investigación de este tipo, la falta de justificación suficiente del incremento patrimonial por parte del funcionario público, pues este sería el medio idóneo para que configure este tipo pena. Lo que excluye la real responsabilidad que la fiscalía tiene como titular de esta acción, inclusive, termina orientándola a buscar elementos de cargos; mas no de descargos en contra del funcionario, pues el que deberá aportar los de descargo es el mismo funcionario del estado.

De tal manera que, para evidenciar el problema normativo, se debe tener correctamente identificado el significado que tiene la expresión “elementos de convicción suficientes”, pues según Viale de gil (2014) lo define de la siguiente manera:

La expresión “suficiente”, aclara que el convencimiento al cual se debe llegar no es el convencimiento absoluto, sin embargo, elimina dejando en evidencia, que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes, las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere (pág. 142)

Es decir que, es aquel grado de convencimiento al cual se debe llegar para imputar un delito, pues este debe ser suficiente para poder tener al menos la convicción de que aquel hecho fue realizado con el conocimiento pleno de la persona que realizó esta conducta típica, antijurídica y culpable, pues de lo contrario, el principio constitucional de presunción de inocencia estaría siendo desvirtuado totalmente, ya que no se estaría tratando bajo ese estatus de inocencia al funcionario inmerso en estas investigaciones.

Además de no respetar este principio, también pone en duda la seguridad jurídica que nuestro Código Orgánico Integral Penal debe garantizar en toda etapa preprocesal y procesal penal, ya que el simple hecho de que una persona que este siendo investigada por un delito como el de enriquecimiento ilícito, tenga que justificar la procedencia de sus bienes, termina de cierta forma haciendo que la propia persona deba incriminarse a sí misma.

Por lo cual el artículo 5, numeral 8 de Código Orgánico Integral Penal, lo prohíbe de forma expresa, estableciendo que, “ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal” (Asamblea Nacional, 2014, p. 9).

Esto quiere decir, que conminar a una persona que justifique la procedencia de su patrimonio, puede ser incriminatorio para el mismo, pues el deber formal de incriminar a una persona, es del fiscal que dirige la investigación y posteriormente el proceso penal, mas no del investigado o procesado, ya que sobre el no recaer la obligatoriedad de hacerlo. Incluso la fiscalía estaría atribuyendo funciones que no les corresponden a los propios implicados, pues el único titular de la acción penal; es la fiscalía general del Estado.

### **1.3 Estructura del Delito de Enriquecimiento Ilícito**

### 1.3.1 Sujeto activo

La importancia del Sujeto activo del delito, radica en que el proceso penal gira en torno a este, pues es el quien realiza una conducta típica, antijurídica y culpable en contra de un bien jurídico protegido, y ante el cual, el estado tiene el deber legal de encuadrar los hechos subsumidos por el tipo penal, a la conducta del procesado.

Por esa razón, los autores Muñoz & García (2010), establecen que el sujeto activo se lo puede definir de la siguiente manera:

El crimen, siendo una acción llevada a cabo por seres humanos, siempre tiene un responsable, que es la persona que ejecuta la acción prohibida o incumple la acción requerida. Generalmente, en la descripción del delito se hace referencia a este individuo mediante términos impersonales como "el que" o "quien". En tales casos, cualquier persona puede ser el autor activo del delito, independientemente de si después es considerada responsable o no del delito en cuestión (p. 259).

Pues haciendo referencia a lo precitado, se debe tener en cuenta que, aunque existen tipos penales que tienen la posibilidad de considerar como sujeto activo a cualquier persona que tenga la calidad y el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, como el responsable de un hecho criminal, también existen tipos penales en los que la responsabilidad recae únicamente, sobre las personas que la ley establece, ya que este sujeto activo está ligado a ciertas condiciones que permiten que una persona pueda ser considerado responsable de un hecho, pues a esto se lo denomina como "Sujeto Activo Calificado", al cual Navarrete (2013) define a estos como "Individuos con una característica particular fundamental que los identifica y diferencia de los otros." (pág. 31).

Por lo tanto, aunque la teoría general sobre el Sujeto activo del Delito, es aplicable a cualquier tipo penal, en tipos penales donde el principal afectado es el estado, se debe considerar adicionalmente como teoría base, la de los delitos de infracción al deber, los cuales se definen de la siguiente manera:

Estos compromisos no se aplican a cualquier participante en un acto delictivo, pero son esenciales para la configuración completa del delito. Siempre se refieren a responsabilidades que, lógicamente, se sitúan antes de la normativa penal y que generalmente tienen su origen en otras áreas del derecho actual. Roxin continúa expresando que la justificación de la sanción reside en que el funcionario público transgrede las expectativas de desempeño derivadas del papel social que ha asumido dentro del Estado. Estas son áreas legales de la vida que ya están bien establecidas, cuya funcionalidad debería ser protegida por las disposiciones penales (Claus,2000, como se citó en Siccha, 2016, p. 98).

De tal manera que, no se debe considerar a estos delitos como comunes, pues no lo son en lo absoluto, ya que su tratamiento en el derecho penal, tiene diferentes circunstancias. Tal como se lo hace durante la imputación de cualquier delito contra la administración Pública, ya que, al ser un delito especial, su fin general es proteger el patrimonio del estado; de tal manera que, se puede llegar a considerar que la teoría del dominio del hecho es un poco irrelevante al momento de identificar el grado de participación de una persona en estos tipos de delitos.

Debido a que esto se centran en el resultado que han provocado, y de acuerdo a eso, identificar qué persona tenía el deber objetivo de cuidado de impedirlo, ya que, si el correcto y normal funcionamiento de la administración pública se ve comprometida, es a causa del servidor público que lesiono ese bien jurídico o que simplemente omitió su deber de garantizar su cuidado.

Para entender la particularidad del grado de participación del sujeto activo en delitos especiales como el que se está tratando en esta investigación, el autor Siccha (2016) ha hecho énfasis en lo que la teoría de los delitos de infracción al deber establece:

El pilar de esta teoría no se basa en la violación del deber general que concierne a todos los ciudadanos y que surge de manera abstracta del tipo penal, más bien, se fundamenta en deberes específicos impuestos por la ley penal. En efecto, si un individuo calificado viola alguno de

estos deberes especiales con su comportamiento, es posible que se convierta en autor de un delito relacionado con funciones públicas, siempre y cuando dicha conducta esté tipificada como delito en el código penal o en una ley penal especial, en línea con el principio de legalidad, que es el fundamento último del derecho penal. (p. 96)

Es por esa razón que, tratar de establecer un sujeto activo múltiple dentro de un delito de estas características, resulta complicado, ya que únicamente se puede considerar como sujeto activo, al que está calificado por la propia ley para serlo, esto quiere decir que no cualquiera persona puede ser autor material de un hecho con este, ya que son conductas que están reservadas únicamente para funcionarios del estado, quienes en funciones; abusan de su cargo para su beneficio propio, el cual tiene consecuencias negativas en detrimento de las arcas del estado.

### **1.3.2 Sujeto pasivo**

Debemos partir desde el significado que se le da al sujeto pasivo, ya que, según la teoría del delito, a la cual hacen alusión Arellano & Medivil (2020), esto significa que, “el sujeto pasivo del bien jurídico Protegido, es el que recibe en su perjuicio de forma dolosa o culposa una afectación directa que le genere una lesión o peligro a su bien jurídico” (p. 14)

Por tal motivo, es quien ostenta la titularidad del Bien Jurídico protegido, del cual, el derecho penal tiene como principal atribución velar y garantizar por la integridad del mismo, ya que mediante esto, el estado tiene la responsabilidad de mitigar cualquier conducta que carezca de juridicidad dentro de nuestra normativa penal, ya que, la vulneración de estas normas, acarrearían sanciones que dependiendo de la gravedad, pueden ser considerados como un delito o simplemente como una contravenciones.

De tal manera que, el sujeto pasivo no siempre va a ser el mismo, por esa razón Cerezo (2008) establece que, el sujeto pasivo del delito es considerado como “El titular del bien jurídico lesionado o violentado, es decir, puesto en peligro o agredido. Puede serlo un individuo, un ligado de individuos, una



persona jurídica, la propia sociedad, el Estado o la comunidad internacional.” (p. 64).

Es decir que, también existe un sujeto pasivo calificado, pues hay delitos que no son comunes, pues su afectación no engloba a un solo individuo o a un grupo individuos, ya que el rango en de afectación al cual expone una conducta antijurídica como esta, puede trascender a un punto colectivo, en donde la consecuencia de estas esta conducta contrarias a la ley, llegan a lesionar a estado en su totalidad, y aun que es muy abstracto los efecto que produce la lesión de este bien jurídico protegido.

De tal manera que, si nos referimos en esencia al delito de enriquecimiento ilícito, debemos tener en cuenta que tiene la particularidad de ser un delito especial, ya que el bien jurídico protegido que garantiza este tipo penal, es la correcta eficiencia de la administración Pública, lo que significa que, el efecto de esta conducta antijurídica tiene repercusiones a nivel estatal, pues de acuerdo a lo establecido anteriormente, este tipo de delitos no son comunes, sino que, son delitos que se comprometen la eficiencia de un estado.

### **1.3.3 Verbo rector del delito de Enriquecimiento Ilícito**

Para poder definir el verbo rector de este tipo penal, debemos comprender a lo que equivale el verbo rector según las teorías del delito, para esto, el autor Moreno (2019) considera que “El verbo rector no es más que el verbo, es decir, la conducta típica (acción y omisión), indispensable para ejecutar el delito. Los verbos rectores suelen ser verbos en infinitivo” (p. 170).

Es por esa razón que, el verbo rector del delito de Enriquecimiento Ilícito, recae en la palabra “obtener”, ya que no es simplemente el hecho de obtener un activo patrimonial, sino que este activo que se ha obtenido carezca de una justificación de licitud. Para lo cual, se debe establecer de la misma forma, que este tipo de delitos son considerados de acción, ya que es totalmente necesario que exista dicho incremento patrimonial, pero además de eso, es muy necesario que dicho incremento, provoque un menoscabo al bien jurídico

protegido de este delito, el cual es la correcta eficiencia de la administración Pública.

#### **1.4 El Bien Jurídico que protege el Delito de Enriquecimiento Ilícito**

El contexto que envuelve este delito, tiene especial importancia su estudio normativo, ya que este es considerado como un delito especial, incluso el sujeto pasivo del mismo, no le corresponde a cualquier persona, sino que, únicamente, es un sujeto activo calificado, por lo cual el bien jurídico protegido por este tipo penal, también será especial, pues lo que se protege aquí es la eficiencia de esa administración Pública.

A lo cual, debemos entender que esa eficiencia equivale al correcto funcionamiento de las dependencias del estado y su facilidad para brindar servicios óptimos y de calidad ante sus administrados; los mismos que son la base fundamental de ese servicio social por el cual son creados.

De acuerdo al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2023), lo que se denomina Bien Jurídico Protegido, se lo puede definir de la siguiente manera:

El bien jurídico representa una condición esencial o beneficiosa para la vida individual y colectiva. Cuando se considera que un bien jurídico es lo suficientemente significativo como para merecer protección penal contra ciertas formas de agresión. Además, actúa como una barrera para la aplicación del ius puniendi estatal. (párr. 1).

Esto quiere decir que, en el contexto del delito de enriquecimiento ilícito, su bien jurídico tiene gran relevancia social, pues al no ser un bien jurídico individual, el hecho de que este se vea lesionado, equivale a que tal repercusión sea de carácter social, lo cual termina aumentando el espectro de protección e importancia que se le debe otorgar al tipo penal.

Incluso, se podría considerar que el bien jurídico de este delito, no está totalmente delimitado en el contexto normativo ecuatoriano, pues termina siendo un tipo penal con un bien jurídico un poco difuso, por cuanto dicho incremento patrimonial termina siendo resultado de un posible delito previo, por lo cual, el bien jurídico protegido del enriquecimiento ilícito también tiene relación con este bien jurídico del delito previo.

### **1.5 La Presunción del Enriquecimiento Ilícito, ante la falta de declaración Patrimonial Jurada del funcionario Público**

La presunción como figura jurídica, tiene distintos puntos de vista, entre ellos, según la doctrina se destacan tres dentro del ámbito jurídico, pues son los que particularmente tienen mayor relevancia, ya que en ellos se basan muchas de las teorías sobre lo que una presunción conlleva. Es por eso que, bajo el sentido de que la presunción puede ser tomada bajo el contexto de ser sinónimo de prueba inferior, como presunción de prueba directa o como presunción de regla vinculada con la distribución de la carga de la prueba.

Si consideramos la presunción como un término similar a la prueba inferior, "debe entenderse como una suposición o una pista en el contexto de una investigación preliminar" (Leyva, 2013, p. 67). Esto implica que es un juicio elaborado a partir de pistas recopiladas en información que es incompleta, lo que significa que la indicación u observación que origina esta suposición no posee la certeza necesaria para transformarse en una presunción completamente irrefutable. Puesto que tal afirmación no ha sido demostrada, esta solo tendría un carácter indicativo.

Por otro lado, en materia probatoria también existe la prueba indirecta, la cual conlleva a introducir hechos en relación con un medio probatorio válido; lo cual le da el valor jurídico de establecer esa conexión entre el hecho y la prueba material que lo sustenta.

Lo que, en sí, termina siendo la principal diferencia con la anterior situación planteada por este autor, pues aquí no existe como tal una carga negativa que se imponga a la presunción, ya que esta tiene inherentes medios probatorios que genera certeza ante lo desconocido; siempre que no exista prueba en contrario.

En base a esto, hay que clarificar que el mismo autor es quien propone estas situaciones, por ende, Leyva (2013), emite la siguiente conceptualización:

Presunción como prueba indirecta. - En un sentido más extendido en la doctrina contemporánea, “presunción” hace referencia a un razonamiento probatorio de carácter indirecto en el que se considera como acreditado un hecho a partir de la prueba de otro hecho. Este segundo sentido se diferencia del anterior porque no atribuye a la noción de presunción una carga emotiva de carácter negativo. Desde esta perspectiva, la presunción es reconducida a la categoría de pruebas (p. 67)

Por último, Leyva (2013) no solo vincula el tema probatorio únicamente al hecho material de la infracción, sino que también establece lo siguiente:

La presunción en relación con la asignación de la carga de la prueba se define en un tercer sentido, en el cual se refiere a una norma que exime a una de las partes de la responsabilidad de demostrar un hecho legalmente significativo para la toma de decisión, y que traslada a la otra parte la responsabilidad de demostrar lo contrario. (p. 67).

Esta segunda teoría nos acerca a identificar cual es el concepto de presunción que se maneja en nuestra legislación; esto bajo la premisa que, el sistema judicial ecuatoriano se rigiere bajo un sistema dispositivo, ya que este concentra a que toda clase de teoría planteada, deba ser debidamente demostrada por quien lo solicita, ya que en el recae el deber como órgano acusador.

Es por eso que, nuestro ordenamiento jurídico tiene como principal característica la de distribuir la carga probatoria, lo cual da un orden lógico a lo que he quiere demostrar, pues más que nada, esto genera la certeza jurídica

de que el estado actuara siempre bajo sujeción de los límites del debido proceso, además, genera el beneficio de que quien deba probar la materialización del hecho es la parte acusadora.

En ese sentido importante recalcar que, toda decisión tomada por parte de cualquier operador de justicia, siempre estará ligada al hecho que se hayan podido demostrar durante todas las etapas del proceso penal, ya que la decisión debe ser discernida bajo el criterio de que un hecho debe ser probado más allá de toda duda razonable.

De tal manera que, es importante identificar que, en marco normativo ecuatoriano, podemos diferenciar dos tipos de presunciones, las denominadas de hecho y la de derecho. Para lo cual Cabanellas (1993) define a la presunción de hecho como “una suposición de carácter normativo, que considera como verdadera una situación, salvo prueba en contrario.” (p. 268). Mientras que, en el mismo sentido el propio Cabanellas (1993) ha establecido como concepto de presunción de derecho, a una “inferencia legal que no cabe desvirtuar” (p. 268).

Por lo tanto, es evidente que, dentro de nuestro amplio marco normativo, existen varias presunciones determinadas por la propia ley, tal como es el caso de la Presunción de inocencia, la cual goza de gran relevancia en el ámbito del derecho penal; pues siempre ha sido considerado como un principio fundamental para cualquier persona imputada penalmente.

Principio en el cual, toda persona se la presume inocente de cualquier cargo del que se le acuse, hasta que eso no sea desvirtuado fehacientemente, mediante una debida sentencia ejecutoriada; por tal razón, esta es considerada una presunción de hecho, ya que en su desarrollo se admite prueba en contrario.

Esto significa que, este principio tiene como finalidad, asegurar que, durante todo el proceso penal, no existan presunciones que menoscaben el estatus jurídico de una persona, pues el hecho de que se presume el cometimiento de un delito y se dé le trate diferente por el hecho de que esa

presunción tienda a parecer real, se está desvirtuando totalmente el sentido jurídico por el cual fueron permitidas este tipo de presunciones.

En el mismo sentido de la investigación, es importante enfatizar que, incluso exista una presunción ligada al tipo penal discutido en esta investigación:

Art. 231.- La Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, p. 83).

Presunción que incluso, tiene rango Constitucional, pues tiene como objeto, que la Contraloría General del Estado, sea el órgano de control institucionales del sector público. Este control, más allá de ser preventivo, tiene también un carácter sancionador, pues la presunción que se puede generar a raíz de este control, no solo servirá de motivación para los informes que la contraloría emite con posibles indicios de responsabilidad penal, sino que incluso, puede significar el inicio de una investigación bajo la presunción de haberse consumado un tipo penal, del cual ni si quiera hay necesidad de previamente establecer bajo que circunstancias se configuró.

## **1.6 La Presunción de Inocencia en el Delito de Enriquecimiento Ilícito.**

Se torna complicado justificar una inexistencia de la inversión de la carga de la prueba en este delito, ya que debido a las constantes presunciones a las que se incurrir en este tipo penal, claramente se conlleva a que se genere un tratamiento diferente de la persona procesada, pues el hecho de conminar a este funcionario público a justificar la conducta de la cual se presume su comisión; claramente termina desvaneciendo su presunción legal de inocencia

En tal sentido, esto significando para el procesado terminar quedando en sus manos el demostrar su inocencia; cuando en realidad dicha atribución conferida por la ley, le corresponde a la fiscalía, ya que es esta quien debe ajustar sus actuaciones en razón de generar elementos de cargo y de descargo, los cuales son responsables de que se logre determinar si existió o no la responsabilidad penal de este funcionario.

De tal manera que, en esta situación en donde reside la importancia del sistema acusatorio oral, del cual es parte Ecuador desde el año 2000. Lo cual, indudablemente ha marcado una transformación radical del sistema previamente vigente en los procesos penales. Este sistema acusatorio busca armonizar los dos intereses en conflicto en cualquier proceso penal y lograr la coexistencia eficaz entre la persecución penal y el respeto a las garantías del procesado y el acusado.

De este modo, si se analiza el artículo en el cual se establece el tipo penal del Enriquecimiento Ilícito, es evidente que existe una presunción de hecho en la cual se sustenta la imputación de este delito, pues se entendería que, al presumirse el cometimiento de un delito como este, inmediatamente se configura la materialidad de la infracción únicamente ante la falta de justificación necesaria del incremento patrimonial que ha tenido un funcionario público durante sus funciones, lo termina generando una total inadecuación al principio de legalidad, pues no se puede interpretar la norma penal de forma extensiva, ni peor aún contemplar situaciones contrarias a los principios fundamentales del proceso penal.

Por esa razón, Islas (2009) considera lo siguiente en razón al principio de legalidad:

El principio de legalidad como principio fundamental está para intervenir cuando no exista el apego debido a la legalidad por parte del Estado en la afectación al subordinado. Controla la aplicación de normas adjetivas y sustantivas. Se enfoca en la competencia y la legalidad, y es en parte estático y en parte dinámico. Establece quién debe realizar el acto y cómo debe hacerlo. Verifica la conformidad de actuación de la autoridad

y la conformidad del resultado de su actuación con la ley y la Constitución. (p. 1)

En ese sentido, si analizamos la primera y segunda línea del párrafo de este autor, se evidencia claramente que, el principio de legalidad establece la obligación que tiene el estado a sujetarse de forma taxativa a lo que la norma manda, pues toda actuación o aplicación indebida de una norma podría acarrear una vulneración intrínseca de derechos.

Derechos que no solo son reconocidos bajo la sujeción de nuestra normativa interna, sino que también tienen su reconocimiento internacional, como el que tiene establecido el principio de presunción de inocencia, el cual ha sido acogido por varios estados para garantizar el correcto funcionamiento de la administración de justicia, en donde exista un orden y respeto hacia los principios procesales que cada país consagre en sus ordenamientos jurídicos.

De acuerdo a lo establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1966) en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 numeral 2, el cual dispone que, "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Este pacto nace en virtud, de que es necesario que mediante la cooperación internacional se generen estos acuerdos bilaterales entre estas organizaciones y otros estados, pues el afán de lograr establecer derechos fundamentales a nivel regional entre países del mismo continente, los cuales generen una normativa internacional estructurada de acuerdo a las necesidades que los países de esta región requieren.

El tema de la presunción de inocencia en Ecuador conlleva a la necesidad de que se pruebe la culpabilidad de una persona procesada de forma irrefutable, la calidad del procesado no cambia, ni si quiera cuando se presume de su responsabilidad, pues para que ese principio legal de inocencia sea desvanecido, se debe haber comprobado esta culpabilidad mediante una sentencia ejecutoriada, la cual este dictaba bajo sujeción de la constitución y



los precios fundamentales del debido proceso, lo cual garantiza un juicio justo y equitativo para la partes procesales.

En razón de esto Bovino (como se cita en Sentencia No. 0034-10-SCN-CC, 2010) emiten el siguiente criterio:

La presunción de inocencia evita considerar culpable a alguien basado solo en sospechas de delito, hasta que un tribunal confirme la culpabilidad. El Comité de Derechos Humanos de la ONU afirma que el Estado debe demostrar la culpabilidad del imputado, respetando garantías de equidad e imparcialidad. La presunción de inocencia, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, implica que la carga de la prueba recae en la acusación, dando al acusado el beneficio de la duda. No se presume culpable a menos que la acusación se demuestre sin duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a un trato acorde con este principio. Todas las autoridades públicas deben abstenerse de prejuzgar resultados de procesos. (p. 2).

Por esa razón, no solo se identifica el alcance doctrinario y jurisprudencia que tiene esta figura, sino que más allá de eso, se define la necesidad que existe en garantizar este derecho durante todas las etapas del proceso penal, incluso, durante la etapa de investigación, pues nadie puede ser tratado de forma diferente, ni recibir un trato desproporcional por el simple hecho de encontrarse procesado penalmente.

De tal manera que, esto nos lleva a pensar que esta presunción de inocencia, se contrapone a la presunción de hecho que establece la misma constitución sobre el delito de enriquecimiento ilícito, pues se entendería que por un lado se busca garantizar la presunción a que toda persona se considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario, pero que a la misma vez, esta establecería que se da la comisión de un delito únicamente por no aportar su justificación en defensa de su inocencia, lo automáticamente desvanece la presunción de inocencia de una persona, pues esta conducta inmediatamente constituye el tipo penal.

## **1.7 La prohibición de no autoincriminación durante la imputación del delito de Enriquecimiento Ilícito.**

Así como la presunción de inocencia es un principio fundamental dentro del proceso penal, este principio también tiene una especial particularidad, ya que debe garantizarse a la persona procesada que en ningún momento sea conminada a declarar en contra de sí mismo o incluso que declare la comisión de un delito como culpable del hecho, por lo que esto es un limitante a esa actividad punitiva del estado, pues la persona procesada tiene pleno derecho a que se respete su silencio, el cual, es un derecho constitucional consagrado en nuestra carta magna, por lo tanto este debe ser respetado y garantizado en todo momento, sin perjuicio de las situaciones que el procesado conozca respecto a su acusación, por ende, quien tiene el deber legal de ratificar la acusación planteada, es únicamente el órgano acusador; mas no la persona a la cual se está vinculando con los hechos.

Aunque se puede genera una confusión al momento de hablar sobre la no autoincriminación y el derecho al silencio, se debe establecer que, ambas garantías no son iguales, por lo cual, de acuerdo al criterio de Iglesias et al. (2019):

El derecho a la no autoincriminación y el derecho a guardar silencio no son equivalentes aunque estén íntimamente ligados, cabe aclarar que son dos figuras jurídicas diferentes, de esta manera el derecho a la no autoincriminación manifiesta es aquel que garantiza que ninguna persona podrá ser obligada a declarar en contra de sí misma, y el derecho a guardar silencio establece, a no responder contra sí mismo o contra otros, a abstenerse de responder sobre interrogatorios investigativos y declaraciones (p. 813).

Situación que es muy poco probable que suceda durante la imputación del Delito de Enriquecimiento Ilícito, pues este tipo penal se base en una presunción de responsabilidad, ya que su configuración se debe a la justificación del patrimonio de un funcionario público que por sus funciones

dentro del marco estatal ha incrementado su patrimonio de manera desproporcionada con la realidad; pero la problemática no surge en base a esto, sino que tema controversial en esto, es que la situación a la que se pone al funcionario procesado, termina siendo incriminatoria para sus intereses.

Lo cual, es considerado bajo la misma premisa por parte de los autores Néstor, Conti, & Saumell (2007), en donde identifican la situación del procesado frente a este delito:

El acusado se encuentra en una encrucijada en la que debe decidir si demuestra la procedencia legal de sus activos, ya que su silencio conlleva una penalización, o si admite haber cometido un delito, lo que también resultará en consecuencias penales. En esta situación, se puede concluir que el acusado se ve obligado a cooperar en la investigación en su contra, lo que vulnera el principio de no autoincriminación. Este principio no solo es una salvaguardia para los ciudadanos, sino que también limita la acción penal del Estado. (p. 73 y 74).

Por ende, hay que reconocer que esto es inherente al derecho a la defensa de la persona procesada, pues es totalmente contrario a lo que establece la no autoincriminación, ya que es evidente que mediante la acción punitiva del estado se pretenda hacer que un funcionario público que este siendo procesado por este delito, no tenga más opción que buscar incriminarse para lograr recibir algún tipo de beneficio por haber declarado su culpabilidad, lo cual terminar siendo una declaración forzando por la situación que el propio tipo penal dispone para le procesado.

Además, es importante recalcar que toda persona procesada tiene derecho a guardar silencio, sin que esto lo haga culpable de ningún hecho del cual se le acuso, ya que esto limita a que ninguna persona investigada se vea en la obligación de justificar alguno de los hechos del cual se le acusa, pues ni si quiera la falta de justificación debería ser considerado como una aceptación tácita de su responsabilidad, ya que para que exista una declaración de los cargos impuesto, esto debe hacerse de forma voluntaria por parte de la

persona procesada o por el contrario, los hechos deben ser totalmente corroborados bajo la investigación de la fiscalía.

## **1.8 El papel de la fiscalía general del Estado en el delito de Enriquecimiento Ilícito**

La fiscalía general del Estado, como órgano autónomo del sistema judicial, tiene como misión esencial la siguiente:

La fiscalía general del Estado es una institución autónoma, que dirige la investigación preprocesal y procesal penal, procurando el acceso a la justicia con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas (Fiscalía general del Estado, 2023, p. 3)

Por lo tanto, esta misión institucional de la Fiscalía guarda correcta relación con lo estipulado por la Constitución de la República del Ecuador, ya que es de donde nacen sus facultades como órgano autónomo del sistema de judicial. Este órgano judicial es quien tiene su a cargo la investigación de los diferentes delitos de acción penal pública, los cuales son puesto en conocimiento de las diferentes fiscalías especializadas, ya sea a petición de parte o de oficio por la misma entidad.

Por lo cual, toda actuación que la Fiscalía emprenda debe ajustarse al ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que al igual que todo órgano institucional; debe respetar los derechos y principios fundamentales que la norma establece, ya que de no brindar las garantías necesarias para establecer un régimen jurídico estable, se estaría contraviniendo el correcto funcionamiento y la eficiencia del sistema de justicia al no garantizarse el debido proceso dentro de toda causa o expediente que se encuentre en prosecución.

Por tal razón, la propia Asamblea Nacional Constituyente (2008) establece los límites que la fiscalía debe respetar y hacer prevalecer durante todo el ejercicio de las investigaciones que entren dentro de sus competencias:

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. (p. 70)

En ese sentido, podemos encontrar que existen dos formas de que la fiscalía tenga conocimiento de una presunta conducta antijurídica, ya que puede ser a petición de parte, la cual no es más que la respectiva denuncia por la cual una persona se considera víctima de un hecho, por otro lado, también la fiscalía puede iniciar estas investigaciones únicamente a criterio propio, la cual es denominada una investigación de oficio.

Dentro de estas investigaciones de oficio, la fiscalía puede emprender sus actuaciones en base a informes de indicios de responsabilidad penal de otros órganos institucionales de control; en los cual presuntamente se establecen situaciones irregulares que hagan presumir la comisión de algún delito contra la administración pública, lo cual deja a la fiscalía en la atribución de iniciar las respectivas investigaciones para el esclarecimiento de estos hechos.

Anteriormente la fiscalía estaba limitada para ejecutar este tipo de acciones investigativas ante hechos vinculados con corrupción por los delitos de peculado e enriquecimiento ilícito, pero ante la reforma al COIP en el año 2021, este requisito de procedibilidad que conminaba a la fiscalía a que inicie dichas investigaciones, únicamente si tenía un informe de responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado, lo que evidentemente era perjudicial para las atribuciones que la fiscalía ejerce, ya que estaba limitada a poder ejercer sus facultades; aun cuando la constitución se las otorgaba.

Por lo tanto, al día de hoy el tipo penal ya no contiene este último párrafo que conminaba a la fiscalía a esperar un informe de responsabilidad penal para poder dar inicio de oficio a sus investigaciones, de tal manera que, las

investigaciones inician por cualquiera de las situaciones establecidas en el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, en donde permite que la fiscalía emprenda dicha investigación por el delito de enriquecimiento ilícito sin necesidad de algún requisito de prejudicialidad.

Hay que tener claro que aunque ya no existe este requisito de prejudicialidad, el papel que juegan las declaraciones juramentadas emitidas por todo funcionario público al inicio de sus actividades, resulta un elemento importante para determinar el incremento patrimonial, ya que este será el punto de partida para establecer si durante las funciones del funcionario público, ha existido un incremento desproporcionado en el patrimonio, el cual al ser comparado con lo percibido no guarda relación; lo que genera automáticamente una presunción de haber sido responsable de dicho resultado.

Dichas investigaciones no son únicamente fruto de presunciones ante esta falta de justificación, pero si son presunciones ante las confrontaciones de los ingresos, egresos y demás adquisiciones que este funcionario haya realizado durante el periodo en el que ejerció sus funciones, por lo cual, el único elemento necesario para que este delito sea configurado luego de que estas investigaciones hayan demostrado que las confrontaciones tanto del sistema financiero y tributario, en comparación con la cantidad de ingresos que se registró en el periodo como funcionario del estado, haga imposible establecer la congruencia necesaria para asumir que dicho incremento fue a raíz del peculio profesional que percibió durante sus funciones administrativas para el estado.

Pero es importante recalcar que entre las atribuciones que la fiscalía tiene como titular de esta acción penal, está la de llevar la investigación preprocesal y procesal, es decir que, por más que exista un informe de Indicios de Responsabilidad Penal en contra de un funcionario Público, este debe ser considerado por la fiscalía como un elemento de motivación el cual deberá ser contrastado, pues al no ser ya un requisito de procedibilidad para el inicio una investigación, ya no puede ser denominado como un inminente elemento de convicción; pues al fin y al cabo este sigue siendo un simple acto administrativo

que tendrá vinculación con el proceso, pero únicamente como un indicio; mas no como un elemento de prueba.

## **1.9 El delito de enriquecimiento ilícito visto desde la Legislación comparada.**

### **1.9.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.**

Esta convención tiene especial importancia en cuando a este delito, pues al Ecuador ser parte de esta convención, tiene injerencia de buena fe ante eso, más que nada porque Ecuador se ha mostrado comprometido ante este convenio internacional suscrito con la ONU, por el hecho de los altos índices de corrupción que el país he generado durante los últimos años.

De acuerdo a lo que mencionado por Orellana (2021)

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. (p. 15)

En el marco de lo que engloba este delito, encontramos que su único fin dentro de todo ordenamiento jurídico, es combatir la corrupción, por ende, no es un tipo penal que tenga orígenes en la antigüedad, como otros que vienen desde Roma, por lo que se puede considerar que este delito, tiende a ser algo nuevo para las naciones que han decidido tipificarlo como tal, como es el caso de la gran mayoría de países de América Latina, por el hecho de que estos países carecen de un control eficiente de sus funcionarios Público, lo que incentiva a que se permitan los actos de corrupción dentro de este sistema.

En razón de esto, se debe establecer la importancia que este delito tiene para la comunidad internacional, ya que incluso, esta convención determina el siguiente articulado.

El Artículo 20 de la convención de las naciones unidas contra la corrupción recomienda que, para que sea tipificado el delito de enriquecimiento ilícito forme parte del ordenamiento jurídico nacional, este debe mostrar sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de este ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito, 2004, p. 20).

Analizando el artículo presente en esta convención, se puede establecer que no es un precepto obligatorio de cumplir por parte de los estados que forman parte del convenio, pues más que nada es una norma programática, ya que esta puede ser incluida dentro de un ordenamiento jurídico, siempre y cuando este se lo permita, ya que de no ser el caso esta norma sería incompatible con el mismo, lo cual causaría inseguridad jurídica dentro de este país que ha tomado como obligatorio este precepto.

Incluso han existido varios países miembros de esta convención, lo cuales están a favor de minimizar el efecto de la corrupción a nivel internacional, pero que ha optado por no incluir este delito en su catálogo de tipos penal, por el hecho de que es contrario a su constitución y sus principios normativos básicas, pues de incluirlo, afectaría al principio de inocencia, al principio de no autoincriminación, además de que tiene implicaciones en temas de carga probatoria.

### **1.9.2 Concepción del delito de enriquecimiento ilícito en Costa Rica.**



Este tipo penal es muy común en Países de América Latina, pero es muy particular la forma en la que está tipificado este delito en el Código Penal de Costa Rica, ya que en primer lugar su pena es muy reducida en comparación con Ecuador, en donde este tipo penal muchas veces es usado para imponer una pena mayor a la de otro tipo penal, ya que sus sanciones van hasta los 10 años de privación de libertad dependiendo la circunstancia en la que se dé el enriquecimiento, pero esta no es la situación que genera sorpresa dentro de este tipo penal de Costa Rica, pues incluso sus verbos rectores no comparten relación alguna con la de otros países de América Latina.

Las conductas que sanciona este delito, no el común enriquecimiento sin justa causa, pues aquí existen conductas más relacionadas a temas de delitos contra la administración, en donde básicamente no se condena el resultado, sino que se busca encontrar el origen de dicho incremento injustificado para adecuarlo a una conducta antijurídica y en virtud de eso; sancionar al funcionario Público implicado.

Situación que para el matiz de esta investigación resulta importante, pues se puede comprobar que es posible ajustar este tipo de delito al ordenamiento jurídico de un País, sin que exista la necesidad de que este vulnere derechos y principios fundamentales.

Para lo cual, el presente artículo al cual se hace alusión en este análisis, es el siguiente:

Enriquecimiento ilícito. ARTÍCULO 346.- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado: 1) Aceptare 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 en razón de su cargo; 3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras

permanezca en el ejercicio del cargo (Asamblea Legislativa de Costa Rica , 1970, p. 128)

Tal como se mencionó anteriormente, este tipo penal no tiene como principal característica el beneficio patrimonial injustificado como verbo rector del tipo penal, sino que relaciona la conducta con situaciones directas de índole penal, pues la antijuridicidad recae sobre circunstancias en las que el funcionario se enriquece a raíz de coimas o dadas de personas fuera del sector estatal, con el fin de obtener un fin ilegítimo.

### **1.9.3 Concepción del delito de enriquecimiento ilícito en Venezuela.**

Venezuela al igual que Ecuador, es un país que se ha visto envuelto durante varios años en reprochables escándalos de corrupción dentro del sector público, en especial por temas de despilfarro del activo público, el cual es usado a beneficio de los funcionarios del estado para generar un aumento patrimonial desproporcionado con su realidad; por lo tanto, Venezuela también ha implementado una serie de leyes que sancionan estas conductas, ya que el perjuicio estatal es irreparable económicamente, más que nada para una economía en recesión como la de este país.

El Artículo 46 de la ley Anticorrupción, se encuentra establecido este delito, el cual estipula lo siguiente:

El cual determina que, Incurre 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 tomarán 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 actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento. 4. Las

ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con alguno de los entes indicados en el Artículo 4 de esta Ley (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2003, p. 11).

Nuevamente nos encontramos ante una legislación, la cual tipifica el enriquecimiento ilícito como un tipo pena, pero a diferencia de Costa Rica, en este si se sanciona el incremento patrimonial desproporcionado de un funcionario público, por lo cual, esa no es su principal característica, ya que en este delito Venezuela ha hecho una gran interpretación normativa al momento de tipificar este delito, pues incluso, existe las circunstancias ante la cual es posible establecer una comisión material de este hecho, por lo que únicamente puede ser susceptible a ser investigado por enriquecimiento ilícito la persona que se haya ajustado a estos parámetros.

Dichos parámetros no solo están para determinar la real comisión de este delito, sino que están estipulados en esta ley con el fin de que al momento de determinarse si la conducta es punible, ya de no tener relaciones con estas situaciones, el presunto delito del cual se sospecha; no podría ser accionado, ya que no reuniría las circunstancias necesarias.

Aunque en sus dos primeros numerales, no relevancia alguna, esto por cuanto ambos numerales abarcan lo que comúnmente es considerado dentro de este tipo penal en cualquier parte del mundo, por tal motivo hay que recalcar que, el numeral más importante que tiene este articulado, es el tercero, ya que es en ese donde se determina si la posible comisión de este delito, es susceptible de un enjuiciamiento penal, ya que únicamente esto puede dar si la conducta ejecutada por el funcionario Público tiene injerencia dentro contratos o actos que haya podido desembocar en que el patrimonio de una persona se incremente desmedidamente.

#### **1.9.4 Concepción del delito de enriquecimiento ilícito en Argentina.**

La forma en la que está interpretado este delito en la legislación Argentina, es diferente a la que Ecuador establece en este tipo penal, pues el hecho de que exista un enriquecimiento ilícito de un funcionario del estado en territorio argentino, esto no es lo esencial de este tipo penal, ya que no se configura el delito únicamente con el incremento patrimonial demostrado, sino que por el contrario, el único hecho que establece el tipo penal para su consumación; es la falta de justificación suficiente cuando esta es requerida.

Incluso, en referencia a este articulado, es necesario dejar establecido lo siguiente:

ha generado críticas fundadas en el sentido de que el delito de enriquecimiento ilícito durante su imputación “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 (Orellana, 2021, p. 27-28).

Misma crítica que existe en nuestro país por la forma en la que está estipulado esta delito, solo que en Argentina ha tenido mayor relevancia, pues al existir un hecho generador de una conducta punible que se base como principal sustento de una investigación penal, en que la falta de una justificación suficiente da por consumado este delito y presume automáticamente la culpabilidad del investigado, sin darle el debido derecho a Guardar silencio si es lo que él requiere; que incluso, es una garantía básica de que toda persona procesada penalmente debe mantener hasta que se decida su situación.

#### **1.9.5 Concepción del delito de enriquecimiento ilícito en Colombia.**

Este tipo penal carece de una deficiencia en su redacción, pues tiende a confundirse con el lavado de activos, aunque ambos son autónomos y diferentes según el contexto, más que se reconoce su inmediata necesidad de

ser tipificado por la realidad en la que vive la sociedad Colombiana, pues este tipo de incrementos patrimoniales desproporcionados puede terminar significando un atentado al erario público; por lo cual, el legislador ha detectado esta necesidad normativa para perseguir este tipo de conductas que asechan al sector público y a su eficiencia administrativa.

Lo más relevante de este tipo penal como objeto de comparación con el nuestro, tiene la siguiente perspectiva:

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 (Villegas, 2004)

Ineficacia que nace desde la propia redacción en el Código Penal colombiano, ya que deja una condición para que este delito no se constituya, pues únicamente se podrá configurar el tipo penal, si esta no constituye otro delito que ya este tipificado dentro de este Código Penal; situación que vuelve inaplicable la acción punitiva por parte de este delito, esto por cuanto, el delito previo a esta incremento patrimonial debe existir para que la conducta sea ilícita, y por ende se pueda aplicar el poder punitivo del estado para sancionar este tipo de situaciones, pero se vuelve imposible si la única forma de sancionar estas conducta es si no existe un delito de por medio por el cual se origina la conducta del enriquecimiento ilícito.

El texto íntegro del Artículo 412 del código penal colombiano, donde estable el tipo penal del Enriquecimiento ilícito es el siguiente:

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 (Congreso de Colombia , 2000, p. 100).

Algo que hay que recalcar en la redacción del tipo penal de enriquecimiento ilícito en Colombia, es que aquí no se permite investigar este delito, si el hecho atribuible corresponde a otro tipo penal, con el cual se debe proseguir dicha investigación, en ese sentido se prevé la arbitrariedad del sistema judicial.

### **1.9.6 Concepción del delito de enriquecimiento ilícito en Estados Unidos y Canadá.**

Hay que ser enfático en que, la mayor parte de los pueblos de Latinoamérica ha tipificado este delito por las falencias que tienen estos para regular e identificar las conductas irregulares que se susciten dentro de las dependencias públicas, lo que representa como tal para el estado una gran pérdida de los recursos públicos a casusa de estas conductas desleales dentro de sus propias organizaciones.

Pero en razón de esto, ambos países de Norteamérica, tiene como criterio interno, de que no es posible ajustar el ordenamiento jurídicos de estos países para poder incluir este delito, ya que es un tipo penal que claramente es contrario a toda normativa legal vigente en estos países; por lo tanto, el hecho de que sea considerado un delito que atenta contra la seguridad jurídica, vulnere el principio de inocencia, el de legalidad, la prohibición de autoincriminación, lo vuelve incompatible para cualquier ordenamiento jurídico que contenga estos principios y derechos básicos del derecho.

## **2.0 Relevancia jurídica del Caso No. 09286-2018-02778.**

Este proceso tiene gran relevancia para investigación, pues dentro de la investigación que se derivo de un in forme de indicios de responsabilidad penal en contra del ex director provincial del IESS, Iván Espinel Molina, quien además de este proceso, tuvo otras causas abiertas por presunta participación

en otros delitos contra la administración pública, incluso, en uno de esos fue sentenciado a 10 años de privación de libertad por el delito de lavado de activos durante el periodo como director del IESS, en razón de todas estas irregularidades por las cuales se lo investigaban, se abre una investigación por no lograr justificar en debida forma un incremento patrimonial de \$480.000 dólares.

Al procesado en aquel entonces se le dictó prisión preventiva en la audiencia de formulación de cargos, por lo cual se inició la instrucción fiscal en su contra. Durante el camino hacia la siguiente etapa, se tornó algo complicada, ya que incluso se vivió una recusación del juez que sustanciaba este proceso, por cuanto el juez designado el amigo del abogado defensor del señor Iván Espinel, por lo cual tuve varios diferimientos la audiencia preparatoria.

Luego de varios intentos por instalarse, el 1 de octubre de 2019, se instaló la audiencia, de evaluación y preparatoria de juicio, pero que minutos después, lamentablemente fue suspendida, pues el abogado del proceso estableció que a su defendido se lo estaba juzgando dos veces por los mismos hechos, a lo cual, el juez tomaron en cuenta la objeción y suspende la audiencia para analizar si la petición es procedente o no.

El día 22 de octubre de 2019, se reinstala nuevamente esta audiencia preparatoria, aquí el juzgado se pronuncia sobre el principio que había sido invocado por el abogado de la parte procesada, el cual declaró nulo dicho proceso, ya que los hechos se habían tratado en el proceso por lavado de activos en contra del señor Iván Espinel, son los mismo que se estarían usando para interponer esta nueva acusación, por lo cual, se no se prosigue con la sustanciación de la misma.

Si se analiza de forma exhaustiva esta situación, es evidente que existió falencias estructurales dentro de la investigación, pues se sostuvo una teoría del caso basada en situaciones y hechos similares bajo los que ya se había resuelto la causa por lavado de activos, en la cual Iván Espinel, ya había sido hallado culpable como autor de este delito.

Pero no es únicamente el hecho de establecer que este proceso fue declarado nulo lo que le genera relevancia a esta investigación, ya que su importancia está ceñida bajo el hecho de que la fiscalía interpuso una investigación en cooperación con la Contraloría General del Estado, por un presunto perjuicio económico al estado, el cual estaba materializado en un incremento patrimonial que el procesado no alcanzó a justificar, es decir que para la fiscalía y para la contraloría general del estado, el tipo penal fue consumado, ya no existió justificación que pruebe la licitud del incremento

Es decir que, se presume que dicho incremento fue producto de otras actividades ilegítimas que desempeñó en el cargo el ex director provincial del IESS; en ese sentido, es necesario recordar que el funcionario estuvo investigado a la par por dos causas más, una por lavado de activos otra por peculado, en las cuales fue condenado como autor directo del delito de lavado de activos, pero fue ratificado el estado de inocencia por el delito de peculado, aunque dicho proceso aun se encuentra vigente, ya que luego se aceptó la apelación parcial de la fiscalía general del estado, pero que hasta el día de hoy sigue estando sin resolverse su situación.

En base a esto, es importante reconocer que el delito del cual fue producto todo este tipo de irregularidades está basado en el peculado del cual este funcionario aun sigue siendo procesado, por lo que su situación jurídica sigue siendo la de inocente frente a este delito, es decir que, en el caso de resolver dicho proceso de peculado con una sentencia absolutoria, sería complicado sostener la hipótesis de que dicho enriquecimiento fue producto de un ilícito.

Esto debido a que básicamente el delito que pudo haber provocado este incremento, ya no existiría, lo que pondría aun más en duda la eficacia de este tipo penal en situaciones donde la fiscalía no tiene elementos de convicción clara de una culpabilidad material, sino únicamente una presunción, presunción con la que se podría llegar incluso hasta una etapa de juicio.

Eso como primera premisa de este análisis, ya que el segundo análisis de este proceso es en cuanto a la legalidad de investigación, pues es



imperante reconocer que dicho proceso es iniciado bajo el concepto de que es un delito autónomo al que se le siguió a Iván Espinel por lavado de activos, pero que luego en la instancia preparatoria el mismo fue nulificado, bajo de precepto de haber presentado hecho similares al proceso que ya estaba resuelto por lavado de activos; afectando el principio de no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya que la fiscalía se presentó en esta acusación alegando situaciones similares al anterior proceso.

En razón de esto, es evidente que este tipo penal en ciertas situaciones carece de autonomía, pues puede verse envuelto en una situación donde los hecho se desprenden de otros delitos que son la base de esta conducta, por lo que si se ignora el hecho de este tipo penal es producto de otras conductas se recaerá constantemente en estas situación, en donde no se podrá aplicar el tipo penal de forma autónoma con el mismo está consagrado; pues lo único que generaría es falencias estructurales en la configuración del mismo.

## **2.1 Sentencia del tribunal Constitucional Portugués sobre el delito de enriquecimiento ilícito.**

Dentro del recurso de inconstitucionalidad que propuso el presidente Portugués ante este delito, por ser contrario a la presunción de inocencia, la misma que está consagrada como un derecho fundamental de cualquier persona que este enfrentando cargos criminales o que se encuentre inmerso en investigaciones de carácter penal, esto quiere decir que, se propone esta demanda de inconstitucionalidad debido a que existen dos situaciones que agravan este problema, la primer planteada por el actor del recurso era establecer que este delito no tiene un bien jurídico protegido determinado, además de que producto de su imputación se vulnera el principio de inocencia.

Este autor establece el siguiente criterio:

El contenido del injusto de la norma, de acuerdo con su tenor literal, pretende castigar la falta de correspondencia entre el patrimonio adquirido, mantenido o poseído y los ingresos y bienes lícitos del sujeto,

patrimonio que, no teniendo origen lícito determinado, indica que el incremento patrimonial procede de la comisión anterior de delitos. Los trabajos preparatorios muestran que el delito en cuestión tiene por objeto evitar que los delitos de los que proceden los bienes queden impunes debido a diversas vicisitudes, incluidas las procesales. (Cordero, 2013, p. 9).

En base a esto, podemos indicar, que dicho tipo penal para el criterio del tribunal portugués no tiene un bien jurídico protegido claro, pues lo que se protege es que la administración de justicia no deje impune ningún acto de corrupción por falta de elementos suficientes para ajustar una conducta a un tipo penal específico que denote un grave daños a la eficiencia de la administración pública, por lo cual este delito es considerado el pertinente para sancionar a un funcionario, solo por el hecho de incrementar su patrimonio en desproporción con sus reales ingresos; por lo tanto, el bien jurídico de este delito no es claro, ya que prácticamente estaríamos protegiendo no el bien jurídico de este delito, sino el del delito previo al enriquecimiento ilícito, por ser este el que origina que el funcionario tenga un aumento patrimonial considerable.

Por otro, en cuando al principio de inocencia también se pronunció este tribunal, para lo cual Cordero (2013)

Si el delito se dirige a tutelar los bienes jurídicos previamente menoscabados por el funcionario público (también por el particular) y que motivan su enriquecimiento, plantea problemas con el principio de presunción de inocencia. Este principio, dice el TC portugués, desempeña un papel en el nivel de conminación legal, en la medida en que obliga al legislador a que las leyes penales no consagren presunciones de culpabilidad y no hagan incurrir en responsabilidad penal por hechos simplemente presumidos (p.9-10).

La verdadera noción que el tribunal Constitucional de Portugal tuvo en cuanto a este delito, es que no solo es el hecho de que su aplicación dentro de ese ordenamiento jurídico vuelve incompatibles sus acciones, debido a que los

hecho por los cuales se inicie una investigación, en ningún momento pueden volverse una presunción de culpabilidad, pues todo hecho debe ser suficientemente comprobado más allá de toda duda razonable, por lo cual generar una presunción en una investigación penal y mantenerla hasta el momento de su juzgamiento no tiene validez jurídica alguna

Es necesario tomar en cuenta el siguiente concepto, ya que lo necesario para establecer un criterio formado:

La situación surgida durante la imputación de este delito se debe a su opinión de que la redacción de la ley no dificulta comprender que cuando existe una discrepancia entre el patrimonio y los ingresos, esta situación puede considerarse como enriquecimiento ilícito si no se puede demostrar de manera definitiva que existe una causa lícita. El Tribunal Constitucional portugués concluye que, al interpretar la norma legal de esta manera, se asume automáticamente que los bienes del individuo tienen un origen ilícito cuando hay discrepancia, y se le acusa de enriquecimiento ilícito, lo cual contradice el principio de presunción de inocencia.(Cordero, 2013, pág. 10).

**CAPITULO II**  
**METODOLOGÍA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN**

## **2.1 Enfoque de la investigación**

La presente investigación está desarrollada mediante un enfoque cualitativo. Por lo que, de acuerdo con lo establecido por Hernández, Fernández, & Baptista (2014) la investigación cualitativa proporciona profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalles y experiencias únicas. Asimismo, aporta un punto de vista “fresco, natural y holístico” de los fenómenos, así como flexibilidad. (p. 16).

Debido a esto, la investigación será desarrollada mediante este enfoque, ya que al ser un tema índole jurídico, es necesario el análisis de la viabilidad de un tipo penal para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que será necesario una profunda interpretación normativa, con el fin de demostrar una teoría que responda a la problemática generada por el delito de enriquecimiento ilícito durante su imputación.

## **2.2 Tipo de la Investigación**

Esta investigación está basada en un análisis explicativo y descriptivo, para lo cual cada uno de estos métodos se aplicará de forma autónoma durante el desarrollo del tema de investigación, por lo tanto, es importante destacar que, la investigación tendrá como principal enfoque el realizar un

análisis normativo, en donde se pueda esclarecer las situaciones en las que ocurre esta vulneración al principio de inocencia en materia penal, por lo que el uso de un enfoque explicativo tendrá gran relevancia en el desarrollo de la investigación, ya que así se podrá descubrir las razones reales por las que este delito aún mantiene vigencia dentro del Ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Lo que, de acuerdo con Hernández, Fernández, & Baptista (2014) el conceptualiza al alcance explicativo como:

Estudios que van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste, o por qué dos o más variables están relacionadas (p. 95).

Por otro lado, también se eligió realizar un análisis descriptivo, en razón de que se quiere buscar características específicas y rasgos importantes sobre las causas que conllevan a la inobservancia de los principios de presunción de inocencia y de la prohibición de autoincriminación del procesado en el delito de enriquecimiento ilícito, de acuerdo a lo que Fernández & Dahnke (1995) establecen sobre el alcance descriptivo “es el que busca especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice. Describiendo tendencias de un grupo o población”.

### **2.3 Periodo y lugar donde se desarrolla la investigación.**

La presente investigación tiene como epicentro la ciudad de Guayaquil, en el periodo comprendido entre los años 2018-2019.

## **2.4 Universo y Muestra de la Investigación**

### **2.4.1 Universo**

El universo de esta presente investigación, radica en los funcionarios públicos de las diferentes entidades estatales, ya que el delito de enriquecimiento ilícito, tiene como sujeto activo calificado a estas personas que trabajan para el estado ecuatoriano, es decir que, en base a estos, son ellos quienes ostentan la protección de la eficiencia de la administración pública.

Una vez establecido el universo de la investigación, se puede identificar como muestra, la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas.

### **2.4.2 Muestra**

Para la presente investigación, la muestra se centrara en las entrevista a 6 Abogados en libre ejercicio de la profesión, quienes por su extensa carrera profesional, se han desempeñado como especialistas en el campo del derecho penal y Derecho Penal Económico, por lo cual, las preguntas que se realizaran son elaboradas con el objetivo de identificar el criterio de propio de estos profesiones, en razón de determinar si existen falencias en la imputación del delito de enriquecimiento ilícito como mecanismo punitivo ante la corrupción en la que se encuentra inmersa el sector público.

## **2.5 Técnicas de recolección de información:**

Para esta investigación se realizó una búsqueda bibliográfica, para definir características que reúnen los principios de presunción de inocencia y no autoincriminación de la persona procesada en la imputación de un delito, además también se realizó un énfasis en las causas que puedan provocar la inobservancia de los mismos, y conforme con esto, se propuso el análisis de su constitucionalidad para el ordenamiento jurídico, así como también la

desestimación de la necesidad de pertenecer a los delitos contra la administración pública.

Dado a que esta investigación tiene un enfoque cualitativo, “usando la entrevista como herramienta para poder entender los diversos factores que llegan a influir en la investigación y se quiere llegar a comprender más la realidad (Hernández, García, & Zazo) poder comprender las acciones y actitudes, en este caso, a jueces, fiscales y abogado en el libre ejercicio de la profesión con conocimiento especializado en derecho penal económico. Así como lo indica Ginnell (Eumed.net, s.f.) la metodología cualitativa, por lo común, se utiliza primero para descubrir y refinar preguntas de investigación.

## **2.6 Instrumento de recolección.**

La recolección de datos de esta investigación provino de fuentes primarias, que se obtuvo mediante entrevistas dirigidas a jueces, fiscales y abogado en el libre ejercicio de la profesión con conocimiento especializado en derecho penal económico, como lo indicó Chávez (2008):

La recolección de los datos en el proceso de investigación es una de las etapas en las que hay que tener más cuidado, por lo que es una etapa delicada, de la recolección de datos van a depender los resultados que se obtengan en una investigación (p. 1).

Además, se usó como fuente secundaria, la recolección de información de sentencias emitidas sobre casos relacionados al tema de investigación, así también como doctrina y convenciones internacionales de las cual se extrajo información relevante que guíe la resolución de esta problemática planteada.

## **2.7 Métodos Empíricos**

### **2.7.1 Entrevista**



Los autores Espinoza & Toscano (2015) definen a las entrevistas como:

Es una técnica de recopilación de información mediante una conversación profesional, con la que además de adquirirse información acerca de lo que se investiga, tiene importancia educativa; y depende en gran medida del nivel de comunicación entre el investigador y los participantes en la misma (p. 49).

El método aplicado en esta investigación, será la entrevista, ya que será de esencial importancia la recopilación de información, por cuanto el criterio profesional de expertos dará mayor veracidad a la conclusión que este tema tratara de implementar, por lo tanto, buscar que 6 abogados expertos en el libre ejercicio de la profesión, con una amplia experiencia el sector de los delitos contra la administración pública, quienes con su criterio aportaran información sobre varios puntos a determinarse sobre la realidad que acarrea la imputación del delito de enriquecimiento ilícito ante la situación constitucional a la que Ecuador se encuentra ligado.

## **2.8 Procesamiento y análisis de la Información**

El enfoque que se aplicado como base de esta investigación, el cualitativo, la razón por la cual se usó este tipo de enfoque, es por cuanto el análisis que se buscó realizar fue en base a la revisión bibliográfica sobre la injerencia que tiene la normativa constitucional a través de los principios de Inocencia y la no incriminación de la persona procesada penalmente durante la imputación del delito de enriquecimiento ilícito, por lo que mediante este análisis jurídico se buscara determinar la inconstitucionalidad de este tipo penal por ser contrario a nuestra normativa.

Los métodos usados para el desarrollo de la investigación fueron el descriptivo y el explicativo, por cuando la necesidad de la investigación es de realizar una descripción de la problemática que acarrea la imputación de un delito que vulnera los derechos de las personas procesadas penalmente, por lo tanto, la descripción de casos reales donde sea susceptible de demostrar esta trasgresión, será de suma importancia para demostrar la hipótesis planteada,

por otro lado el uso de un método explicativo es esencial de igual manera, ya que de esta forma se podrá identificar las falencia que implica la aplicación de un tipo penal al cual la propia normativa internacional ha identificado como incompatible para varios sistema constitucionales, ya que únicamente debería ser acoplado a la constitución que cada país promulgó.

El periodo en el que se basara el desarrollo de la investigación es en los años 2018-2019, la cual tendrá como ciudad base para su desarrollo es la ciudad de Guayaquil.

El universo de esta presente investigación, radica en los funcionarios públicos de las diferentes entidades estatales, ya que el delito de enriquecimiento Ilícito, tiene como sujeto activo calificado a estas personas que trabajan para el estado ecuatoriano, es decir que, en base a estos, son ellos quienes ostentan la protección de la eficiencia de la administración pública, por lo tanto el estudio de su participación como sujetos activos dentro del delito de enriquecimiento ilícito será primordial para identificar si existe la trasgresión al principio de inocencia y al de no autoincriminación cuando estos son procesados como presuntos autores de este delito, por lo tanto, se identificara las falencia del sistema de justicia mediante el criterio de 6 Abogados Expertos en temas de derecho penal Económico y de delitos contra la administración Pública.

**CAPITULO III**  
**ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS**

## 3.1 Análisis de resultados

### ENTREVISTA 1

**Entrevistado:** Abg. Cesar Eduardo García Rodríguez

**Estudios:** Maestría en Derecho penal, maestría en derecho financiero bursátil y de seguros, maestría en derecho con mención en derecho a la empresa, diplomado en garantías jurisdiccionales de derechos humanos.

**Experiencia profesional:** Abogado litigante experto en derecho Penal Económico, Acting Partner en García & Partners, abogados y docente universitario de la universidad Tecnológica Ecotec.

#### 1. ¿Cuál es su criterio sobre la importancia de la tipificación del delito de Enriquecimiento ilícito en el Ecuador?

La tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en el Ecuador, particularmente, es muy importante porque ciertamente es un delito que se centra dentro de lo que implica un delito contra la corrupción, el cual busca proteger la eficiencia de la administración pública, y por ende, uno de los peores males que tiene el país, siendo incluso la segunda amenaza después del narcotráfico, es la corrupción, en ese sentido el delito de Enriquecimiento ilícito es una herramienta espectacular por la facilidad con la cual puede ser probado por estos actos que ha producido que se afecte el patrimonio del estado.

#### 2. ¿La fiscalía general del Estado utiliza figuras alternativas frente a la falta los elementos de convicción suficientes para procesar a un funcionario público por otro delito contra la eficiencia de administración pública?

La Fiscalía actúa en función de estrategias, preponderando que es lo que se puede probar o que es lo que se hace más fácil de demostrar, por lo cual,

muchas veces determinar el delito que originó el enriquecimiento ilícito es algo complicado, ya que el funcionario público está sujeto a un sinnúmero de actos; pero que en un país donde existe un débil control de estos actos, lo cual dificulta la determinación adecuada del delito que se comete al momento. Este problema de determinación hace que naturalmente sea muy sencillo el poder perseguir, investigar o incluso procesar a una persona por enriquecimiento ilícito de lo que resultaría hacerlo por otro tipo de delito contra la administración pública, por lo tanto, parten de ahí estos criterios que para la fiscalía la prueba del enriquecimiento ilícito sea únicamente que exista un desbalance patrimonial, es decir, la diferencia de ingresos entre lo que percibe el servidor público, en comparación a lo que aparece al funcionario público.

**3. En base a su experiencia profesional ¿considera que existe una posible inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito?**

Hay que mencionar que no es una inversión de la carga de la prueba absoluta, porque al hablar de inversión de la carga de la prueba absoluta, hablaríamos que la Fiscalía no tendría que hacer nada y que igual termine condenando a la persona, pero esto no es así, por lo cual lo que existe en este delito es una inversión de la carga de la prueba dentro de la esfera de la justificación del patrimonio, ya que la labor de la fiscalía será de demostrar que hay existido diferencia entre los ingresos, por lo cual le toca al funcionario procesado obligatoriamente de que si este no justifica se crea una presunción de culpabilidad de que el origen de ese dinero proviene de un delito; de tal forma que aquí hablamos de inversión de la carga de la prueba, pero una manera más adecuada de denominar es carga dinámica de la prueba, porque esta se divide en parte para el funcionario procesado y otra para la Fiscalía. Todo esta situación que se genera en todo a este delito, no está bien; sin embargo el tipo penal tiene como tal su legitimación a través de la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, la cual invita a los países a considerar este delito dentro de su marco jurídico interno, por lo cual partiendo de ese punto el Ecuador y varios países de Latinoamérica, claro que un tipo penal muy curioso, ya que no solo invierte la carga de la prueba dentro lo que he expuesto, sino

que también permite el juzgamiento en ausencia, también permite que se pueda ser juzgado en cualquier momento, porque es un delito imprescriptible.

En ese sentido encontramos que la presunción de inocencia se está viendo afectada mediante la inversión de la carga de la prueba, pero cuando vemos estas otras dos situaciones particulares de este delito, vemos que únicamente no se afecta la presunción de inocencia pero en realidad hay muchos derechos y garantías del debido proceso que se están vulnerando, por cual, hay que analizar qué tan constitucional este delito, ya que incluso la convención de la ONU establece que se lo puede tipificar como delito, pero siempre y cuando guarde coherencia con el ordenamiento jurídico interno, pero por ningún lado está establecido que esto haga a este delito imprescriptible, ni que puede ser juzgado en ausencia.

#### **4. ¿Considera contradictorio con la Constitución de la República del Ecuador la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito?**

Es una pregunta interesante, porque la Constitución de la República del Ecuador establece de forma expresa que el delito es imprescriptible y que puede ser juzgado en ausencia, por lo cual es constitucional, pero al mismo tiempo es inconstitucional también, lo cual es algo bastante extraño, ya que aunque la constitución si establece que en base a estos delitos contra la corrupción si existirán excepciones o tratamiento diferenciados, pero lo que no dice la Constitución es que se permita la inversión de la carga de la prueba, por lo que únicamente se centró de los 2 aspectos antes mencionados sobre juzgar en ausencia y que sea imprescriptible este delito; pero lo que la constitución no dice que se permita la inversión de la carga de la prueba para este tipo penal, ya que la Constitución lo que si ampara es que se respete la presunción de inocencia y esta ha sido desarrollada por diversas sentencias donde se trata la constitucionalidad del Contrabando o como la que trata de la inconstitucionalidad de la receptación.

Aquí se habla de 4 efectos que se derivan de la presunción de inocencia en este desarrollo de la corte Constitucional, el cual constituye precedentes

vinculantes de obligatorio cumplimiento, por lo cual, dentro de los efectos de la presunción de inocencia, el 4to efecto es determinado por la corte constitucional, el cual establece que quien ostenta la carga de la prueba es la Fiscalía; entonces este contexto normativo interno, hay que dar por sentado que en materia penal no existe la inversión de la carga de la prueba, no existe carga dinámica de la prueba.

Es así como, partiendo de ese punto, hay que recalcar que ya se han declarado inconstitucionales varios delitos dentro de nuestra normativa, donde de igual manera se invertía la carga de la prueba, ya que en Ecuador eso no es permitido; por lo cual, es ahí donde el tema de los principios genera esta controversia, pues estos no son absolutos y pueden ser vencido bajo ciertas circunstancias como normalmente ocurriría si este se contraponen a otro principio.

**5. ¿Al presumirse que la conducta del funcionario público se ha ajustado a lo tipificado en delito de enriquecimiento ilícito por no poder justificar la procedencia de su incremento patrimonial, se garantiza el derecho a la presunción de inocencia?**

Si es que se hace que el funcionario público procesado justifique la procedencia de su incremento patrimonial, esto invertiría la carga de la prueba, por lo que en Ecuador quien tiene exclusivamente la carga de la prueba es la fiscalía, entonces los 4 efectos que se derivarían de la presunción de inocencia, los cuales son limitar el *ius puniendi* estatal, que la única forma en la que se puede desvirtuar la presunción de inocencia mediante la práctica de pruebas lícitas y suficientes, que la persona debe ser tratada como inocente antes y durante el proceso penal; es decir que en ese sentido si se estaría afectado esta presunción de inocencia.

**6. ¿El delito de enriquecimiento ilícito vulnera la convención de las naciones Unidas contra la corrupción?**

No, porque la convención de la ONU invita a incorporarlo, pero lo que pasa es que particularmente en el delito de enriquecimiento ilícito, esta convención establece que será dependiendo de si guarda coherencia con el ordenamiento

jurídico, por lo que permite tener salvedades de abstenerse a tipificar este delito, tal como países de primer mundo lo ha hecho, es decir que estos no han incorporado este tipo penal a su ordenamiento, por ser contrario con el mismo, por tal razón se ha informado a la ONU que no se tipificara este delito, ya que invierte la carga de la prueba.

Es una herramienta muy desarrollada para países con débiles sistemas de Ecuador, por lo cual no contraviene nada de la ONU, incluso es coherente con esta; sin embargo, no es coherente con nuestro ordenamiento jurídico.

**7. En base a su experiencia profesional ¿considera que el Delito de Enriquecimiento ilícito es susceptible de ser declarado Inconstitucional?**

La verdad a mi criterio, si es que algún día existe ese ese análisis, no lo declaran Inconstitucional, aunque este si lo sea por la inversión de la carga probatoria que se genera en este delito, en primer porque existe la convención de la Naciones Unidas contra la corrupción que establece este tipo penal, segundo como ya le había mencionada, si bien se afecta un principio medular del derecho penal, debido a la situación del país donde se ha perdido la confianza a todas las instituciones del estado, en nuestro especial dentro sistema democrático, nuestro sistema económico, donde los daños de la corrupción son terribles, incluso, el Ecuador en su última evaluación de gestión de riesgos cuantifico a la corrupción por debajo del narcotráfico en cuando a la peligrosidad como delito.

La corte constitucional tendrá que hacer un análisis de dichas consideraciones, por lo cual, cuando lo hacer se deberá ponderar que es lo que prevalece, ya que de igual manera ya hay precedentes, ya que en Portugal ya se declaró este delito como inconstitucional, pero lo que sucede es que es una realidad distinta a la nuestra y partiendo de ese punto mientras el país sea como es, yo me inclino a pensar que a pesar que este delito invierte al carga de la prueba y eso puede ser una inconstitucionalidad, las demás consideraciones puedan que prevalezcan.



**8. A su criterio ¿considera viable que la Contraloría General del Estado pueda presumir la responsabilidad del funcionario público, únicamente por la falta de justificación de su incremento patrimonial?**

Bueno, en ese sentido este informe te dice que es de responsabilidad penal y la prueba del enriquecimiento ilícito es la no justificación de un incremento patrimonial, por lo cual con esto puede ser suficiente creer que se está cometiendo un delito, ya que el tipo penal es tan amplio y no es como el enriquecimiento ilícito privado, el cual si debe ser declarado inconstitucional por todas partes, ya que dice mínimo 200 salarios Básicos Unificado, mientras que en este hasta un dólar te puede ir preso, sobre ese punto uno dice, es tan fácil demostrar la responsabilidad a cualquiera funcionario público del cual se presume el cometimiento de esa infracción, pero es un delito que está tipificado y esa es su forma de configurarse, por lo tanto, me parece correcto que la contraloría lo haga así, por cuanto, las normas que no se han declarado constitucional se consideran como tal, por lo tanto efectivamente si es viable.

## **ENTREVISTA 2**

**Entrevistado:** Abg. Nino Andrés Cassanello Foghini

**Estudios:** Abogado de los tribunales y juzgados de la Republica del Ecuador con mención en Derecho Económico, Magíster en Derecho penal.

**Experiencia profesional:** Abogado litigante experto en derecho Penal, Docente universitario de la UTEG y de la UESS, Subsecretario anticorrupción de la presidencia de la república.

**1. ¿Cuál es su criterio sobre la importancia de la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador?**

Es un delito que debe estar tipificado a fin de poder investigar a los funcionarios cuando los patrimonios de estos hayan tenido un incremento cuyos orígenes no puedan ser legítimamente corroborados.

**2. ¿La Fiscalía General del Estado utiliza figuras alternativas frente a la falta los elementos de convicción suficientes para procesar a un funcionario público por otro delito contra la eficiencia de administración pública?**

Sí. A mi criterio el delito de enriquecimiento ilícito puede ser considerado como una “salida” a la imposibilidad de proseguir cualquier otro delito contra la administración pública (peculado, concusión o cohecho).

Si bien los verbos rectores son diferentes, en el enriquecimiento ilícito el mero hecho de obtener un incremento patrimonial injustificado es suficiente para haber recaído en la conducta tipificada.

**3. En base a su experiencia profesional ¿considera que existe una posible inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito?**

No. No existe inversión de la carga de la prueba. En un proceso penal, la carga de la prueba la tiene Fiscalía, quien deberá proceder con las diligencias necesarias para obtener los elementos de cargos pertinentes, y además tiene acceso, por el principio de colaboración institucional, a acceso a cuentas bancarias, expedientes de Contraloría General del Estado... Además, tenemos que tener en consideración que, el enriquecimiento debe ser patrimonial (es decir, activos-pasivos).

**4. ¿Considera contradictorio con la Constitución de la República del Ecuador la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito?**

No, no considero que sea contrario a la Constitución de la República del Ecuador. La prosecución de delitos sea cual sea su naturaleza conlleva un proceso y sobre todo una investigación, en las que el investigado y procesado podrá ejercer su derecho a la defensa de manera óptima.

**5. ¿Al presumirse que la conducta del funcionario público se ha ajustado a lo tipificado en delito de enriquecimiento ilícito por no poder justificar la procedencia de su incremento patrimonial, se garantiza el derecho a la presunción de inocencia?**

A mi criterio sí. Debemos considerar a más de los principios que rigen el proceso penal (mínima intervención...) la etapa administrativa, preprocesal, y procesal de una imputación así. El funcionario tiene diferentes instancias en las que podrá demostrar la justificación del incremento de su patrimonio o el de terceras personas. Asimismo, debemos considerar que el delito tipifica el incremento de cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, esto son 170 mil dólares, es más que sospechoso que un funcionario no pueda determinar el origen de esos fondos.

**6. ¿El delito de enriquecimiento ilícito vulnera la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción?**

No considero que el delito contraviene ninguno de los principios fundamentales del proceso penal, puesto que la interposición de una denuncia no viola el principio de inocencia, sino, todos los delitos contravendrían la Constitución.

**7. En base a su experiencia profesional ¿considera que el Delito de Enriquecimiento Ilícito es susceptible de ser declarado Inconstitucional?**

No, más en consideración del principio de mínima intervención penal. Así como para los funcionarios, existe también un delito tipificado para el ciudadano a pie, el enriquecimiento privado no justificado, establecido artículo 297 del Código Orgánico Integral Penal, cuyo monto además es menor, siendo la mitad del Delito de Enriquecimiento Ilícito.

Que el delito no esté tan delimitado como los otros delitos contra la eficiencia de la administración pública, no es sinónimo a que sea beneficioso que no esté tipificado. A mi criterio el delito no está demás, y de hecho es una salida más que beneficiosa en caso de no poder delimitar las conductas de corrupción a los otros delitos establecido en el Código Orgánico Integral Penal.

Además, y de ser el caso, nos veríamos ante la situación de tener que declarar ambos delitos como inconstitucionales.

**8. A su criterio ¿considera viable que la Contraloría General del Estado pueda presumir la responsabilidad del funcionario público, únicamente por la falta de justificación de su incremento patrimonial?**

Sí. El proceso administrativo también tiene su procedimiento. En este el funcionario puede ejercer su derecho a la defensa de manera óptima, y puede presentar sus debidos descargos. Asimismo, puede solicitar la reserva del expediente en caso de creerlo pertinente, para acreditar el origen de los fondos. Si este no lo hace, es su responsabilidad debe atenerse a las respectivas consecuencias.

### **Entrevista 3**

**Entrevistado:** Abg. David Vergara Solís.

**Estudios:** Abogado de los tribunales y juzgados de la Republica del Ecuador - Especialista en Derecho Procesal - Master en Derecho de Nuevas Tecnologías.

**Experiencia profesional:** Abogado litigante en temas delitos contra la administración pública, Docente universitario en la faculta de derecho de la Universidad Ecotec, Socio principal del estudio Jurídico Vergara Acosta.

**1. ¿Cuál es su criterio sobre la importancia de la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador?**

Buen, en primer lugar, porque es un delito que claramente busca que no exista impunidad en el ámbito del sector público cuando es muy difícil demostrar la acción realizada por el servidor público para incrementar su patrimonio; por lo cual, ante esa dificultad practica de que en no todos los casos se pueden demostrar el acto que origino el enriquecimiento, por tal

razón, el derecho debe servir como el medio para generar un respuesta, la cual es que existe un tipo penal específico donde el hecho de demostrar que existe un incremento patrimonial sin ningún tipo de justificación y que no es acorde a los ingresos del funcionario, es importante que esté presente en nuestra legislación para no dejar impune casos en donde ocurre esto, pero ante la falta de elementos probatorios se no se puede perseguir otras conductas.

**2. ¿La a fiscalía general del Estado utiliza figuras alternativas frente a la falta los elementos de convicción suficientes para procesar a un funcionario público por otro delito contra la eficiencia de administración pública?**

Si, a mi criterio considero que, si se puede, además es algo común que se dé cuando la fiscalía no tiene pruebas suficientes para poder demostrar un delito por peculado, cohecho, concusión o cualquier otro delito contra la administración pública; por lo tanto, es necesario que se usen figuras alternativas, las cuales son figuras que la Fiscalía utiliza cuando hay dificultades para demostrar el cometimiento de los delitos anteriores.

**3. En base a su experiencia profesional ¿considera que existe una posible inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito?**

En la práctica, la persona sospechosa tendrá que demostrar el origen lícito de sus fondos y para existen mecanismos procesales y probatorios para hacerlo, pero en sí, no sabría si el término correcto es "INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA", porque la ley no lo dispone así, pues si esta lo haría, sería posible esta inversión, si fuese así, ahí es donde hablaríamos de una inversión de la carga de la prueba, pero aquí lo que estamos hablando es de que si hay un incremento que no está justificado al patrimonio, si debería la persona procesada demostrar su origen lícito, pero al fiscalía sería teniendo que ir a buscar la carga probatoria, por lo cual, deberá demostrar el salario y la remuneración en comparación con el enriquecimiento, entonces en ese sentido si existe como tal carga de la prueba a favor de la fiscalía, pero es más complejo para el funcionario procesado, que en caso de que se demuestre

dicho incremento; él tendría que demostrar que el mismo proviene de medios lícitos.

**4. ¿Considera contradictorio con la Constitución de la República del Ecuador la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito?**

Considero que la propia constitución en algunos de sus pasajes habla acerca de los delitos contra la administración pública, la misma que establece a todos estos delitos y vuelve constitucionalmente reconocido, pero la cuestión radica en que, dentro de este delito, si una persona incrementa su patrimonio o existe un elemento de convicción válido que demuestre que existe un enriquecimiento ilícito de este funcionario, en ese caso si se podría hablar de una transgresión válida a este derecho a la presunción de inocencia; pues el procesado va a tener que buscar los medios suficientes para demostrar su inocencia y defenderse, por tal motivo, si podrías hablar en ese sentido de una aparente contradicción con la Constitución; sin embargo no es del todo cierto, pues será necesario que a este funcionario se le garantice todos sus derechos hasta el final del juicio donde se declare su culpabilidad, por lo que se podría entender que este atentado contra de este principio, es parcial.

**5. ¿Al presumirse que la conducta del funcionario público se ha ajustado a lo tipificado en delito de enriquecimiento ilícito por no poder justificar la procedencia de su incremento patrimonial, se garantiza el derecho a la presunción de inocencia?**

La presunción de inocencia como anteriormente lo establecí, es un derecho que se encuentra consagrado en sujeción al debido proceso, por lo cual de cierta manera si existe una posible vulneración a este principio teniendo en cuenta que la persona quien tiene un patrimonio que se ha incrementado sin sustento alguno, pudiese encuadrarse su conducta a la redacción del tipo penal, de tal manera que, en ese sentido creería que si es viable concluir que existe un vulneración a la presunción de inocencia dado que el propio funcionario público es el que tendrá que defenderse, más de lo que la fiscalía tendría que acusar.

**6. ¿El delito de enriquecimiento ilícito vulnera la convención de las naciones Unidas contra la corrupción?**

Respecto a esta convención, considero que, si pudiese existir una posible vulneración, en el sentido que, como comenté anteriormente prácticamente un funcionario público debe tratar de defenderse más de lo que la fiscalía tendrá que acusar, por tal razón no se ajusta bajo la sujeción de los derechos y principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico, principal situación que esta convención provee.

**7. En base a su experiencia profesional ¿considera que el Delito de Enriquecimiento Ilícito es susceptible de ser declarado Inconstitucional?**

Hay que entender que los Países de Latinoamérica carecen de controles eficientes para mitigar la corrupción en el sector público, por lo cual esta ha sido tecnificada en gran forma; lo que origina que esta sea muy complicada de evidenciarse, pues las técnicas con las que son materializadas evaden en muchas ocasiones los débiles controles que se manejan, es por eso que el legislador establecido este tipo penal, el cual en situaciones termina subsidiando el trabajo de la Fiscalía por otro delito que hay forma de que se logre imputar a una funcionario con un patrimonio muy elevado.

**8. A su criterio ¿considera viable que la Contraloría General del Estado pueda presumir la responsabilidad del funcionario público, únicamente por la falta de justificación de su incremento patrimonial?**

La presunción del cometimiento en este delito, se da únicamente cuando esta investigación ha determinado una desproporción entre el dinero disponible en el actual patrimonio del funcionario y los ingresos mensuales que han sido fruto del peculio profesional, en ese sentido, esto no solo conlleva a que se debe probar dicho incremento por parte de la fiscalía, sino que también obliga al funcionario a defenderse de la responsabilidad penal de la cual se están tratando de imputar, por esa razón hay que estar conscientes que este delito no es considerado como un delito de acción, sino de resultado, por lo cual,

jurídicamente lo que se sanciona es el hecho de enriquecerse sin justa causa. El informe de contraloría con los indicios de responsabilidad penal; por lo tanto, estos deben estar establecidos como hechos de que coadyuven a la investigación, pero sin que estos puedan ser presumible como un elemento principal del tipo penal.

#### **Entrevista 4**

**Entrevistado:** Abg. Luis Fernando Plúas Santana

**Estudios:** Abogado de los tribunales y juzgados de la Republica del Ecuador – Maestrante en derecho procesal penal.

**Experiencia profesional:** 4 años de experiencia profesional – Abogado litigante en derecho penal y de familia.

#### **1. ¿Cuál es su criterio sobre la importancia de la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador?**

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, según el Código orgánico Integral Penal existen una serie de delitos contra la eficiencia de la administración pública, como en este caso tenemos enriquecimiento ilícito, el cual se trata cuando un funcionario público en funciones de una potestad del estado se le evidencia un incremento patrimonial desproporcionado con la realidad, en efecto es un delito que trata de prevenir que los funcionarios públicos sea de cualquier institución del estado pueda ser sancionado conforme a la ley por haberse enriquecido con recursos estatales, en ese sentido, es importante este delito, ya que ayuda a que los funcionario públicos en razón del poder que ellos ostentan, lo haga de una forma correcta y no se desvíen en el camino , ya que abusar de recursos que no le pertenecen es un delito grave e imprescriptible.

#### **2. ¿La a fiscalía general del Estado utiliza figuras alternativas frente a la falta los elementos de convicción suficientes para procesar a un**



**funcionario público por otro delito contra la eficiencia de administración pública?**

La fiscalía como institución del estado es una dependencia investigativa con imparcialidad, debe actuar bajo los principios de legalidad y objetividad, porque la fiscalía en uso de sus atribuciones y sobre el poder que esta mantiene tiene que recopilar todos los elementos necesarios para poder determinar si una persona o no ha cometido un delito como el del enriquecimiento ilícito, pues si así fuera, esta debe determinar como lo hizo, cuando lo hizo, que cargo ocupó para que se pueda enriquecer de forma ilícita. Entonces tengamos en consideración que este delito es sumamente grave e imprescriptible como los demás delitos contra la administración pública, además la fiscalía tiene que actuar bajo todos los principios del proceso penal.

**3. En base a su experiencia profesional ¿considera que existe una posible inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito?**

Considero que si, en cuanto a la persona que se le acusa de haberse enriquecido de forma ilícita, ya que tiene que justificar las propiedades, las cuentas, bienes de toda clase y justificar que esa adquisición de bienes no haya si producto del cargo del cual ostenta, por lo cual, hay que tener en cuenta que la función pública tiene límites de acuerdo a su sueldo, entonces lógicamente no habría una coherencia entre lo que se dice y lo que se hace.

**4. ¿Considera contradictorio con la Constitución de la República del Ecuador la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito?**

No lo creo de esa forma; sin embargo, uno cuando es funcionario público no quiere decir que no puede realizar otras actividades, sin embargo, al realizar una actividad económica debe sujetarse a lo que manda la ley, para así poder estar relacionado o investigado, ya que ahora tenemos a la UAFE quien se encarga de verificar los movimientos fraudulentos que este realizando una persona cuando es funcionario del estado.

**5. ¿Al presumirse que la conducta del funcionario público se ha ajustado a lo tipificado en delito de enriquecimiento ilícito por no**

**poder justificar la procedencia de su incremento patrimonial, se garantiza el derecho a la presunción de inocencia?**

Hay principios constitucionales que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, por lo cual solo una sentencia condenatoria es culpable de un delito tipificado y reprimido en el Código Orgánico Integral Penal, por lo cual este derecho se mantiene hasta que una sentencia condenatoria demuestre lo contrario.

**6. ¿El delito de enriquecimiento ilícito vulnera la convención de las naciones Unidas contra la corrupción?**

Considero que la asamblea ha tratado de tipificar delitos que se ajusten a la constitución de la república, ya que actualmente es un delito que trata de establecer que los funcionarios públicos de cualquier institución, que ostente cualquier poder, no caigan en este delito, es decir que los recursos estatales sean administrados por personas sujetas a los principios de buena fe cuando ocupen un cargo público, por lo cual no creo que atente contra esta.

**7. En base a su experiencia profesional ¿considera que el Delito de Enriquecimiento Ilícito es susceptible de ser declarado Inconstitucional?**

Han pasado varios años y por lo cual no se han declarado ninguno de estos delitos contra la eficiencia de la administración pública del estado, podría ser que, en algún momento con los grandes cambios sociales y avances en las ciencias del derecho, pudiese serlo, peor actualmente no creo que exista un riesgo para hacerlo

**8. A su criterio ¿considera viable que la Contraloría General del Estado pueda presumir la responsabilidad del funcionario público, únicamente por la falta de justificación de su incremento patrimonial?**

La Contraloría General del Estado en uso de sus facultades y atribuciones, tiene la potestad de emitir criterios cuando exista la presunción, por eso lo hace en base a estudios y en base al control, por lo cual, considero que esta no

trabaja de forma autónoma, sino que también trabaja de forma articulada con otras instituciones del sistema financiero, por lo tanto es importante establecer que, esta si puede permitirse hacer esto y evidenciar cuando un funcionario público haya incrementado su patrimonio de forma injustificada, pero esto siempre con los límites pertinentes.

## **ENTREVISTA 5**

**Entrevistado:** Abg. Juan José Hidalgo Huerta

**Estudios:** Abogado de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador – Especialista en Derecho Penal y Criminología – Master en cultura de paz, Educación, Conflictos, Derechos Humanos y mediación de Paz.

**Experiencia profesional:** Abogado litigante experto en derecho Penal y compliance, Docente universitario de la Universidad Ecotec, Socio del Área Penal en Noboa, Peña & Torres, Abogados.

### **1. ¿Cuál es su criterio sobre la importancia de la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador?**

Bueno, es importante porque en realidad, es una normativa internacional donde los delitos de corrupción tienen que ser castigados, porque la pérdida por la corrupción es una pérdida entre 5000 y 7000 millones de dólares al año, con lo que se podría cubrir nuestro presupuesto y nuestro déficit fiscal, además son dineros públicos que afectan a dos tipos de bienes jurídicos protegidos, el primero para mí la administración pública como tal y segundo es un delito de carácter socio económico, porque cuando uno le roba al estado y utiliza el cargo para servirse se genera situaciones de pobreza en materias donde el servicio público no se genera, por ende, no se genera la redistribución de la riqueza, es decir que cuando existen estos males, hay una economía transversal que adicionalmente genera otros delitos.

**2. ¿La fiscalía general del Estado utiliza figuras alternativas frente a la falta de elementos de convicción suficientes para procesar a un funcionario público por otro delito contra la eficiencia de administración pública?**

Creo que la fiscalía General del Estado, utiliza ciertos delitos como la delincuencia Organizada, el lavado de activos, la asociación ilícita, a lo cual, yo le llamo delitos parches, por lo cual en vez de hacer una investigación seria de los elementos típicos del delito, toman ciertas atribuciones que buscan una acción inmediata, pero no efectiva como tal, ya que al investigar un delito hay que tener claro que es lo que se busca castigar, cual es el bien jurídico que se lesiona, como afecta al estado y como se resarce, por eso muchos delitos contra la corrupción cuando se usan estas medidas parches terminan en una sentencia que no nos gusta y no nos gustan, porque no son delitos adecuados para ese fin, pero en aras de querer hacer este ejercicio punitivo de manera inmediata, se cometen errores de usar estos delitos parches, los cuales están muy poco definidos e incluso a veces atentan contra el libre ejercicio.

**3. En base a su experiencia profesional ¿considera que existe una posible inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito?**

En Ecuador, esto es un chiste, ya que basta con que la fiscalía formule cargos, de hecho cuando se están en la investigación, en una etapa preprocesal ya se trata al denunciado como criminal y a la supuesta denunciante como víctima, incluso en la carpeta la ponen como víctima y al otro como procesado, investigado o denunciado, poniéndolo en una calidad inferior, incluso si son delitos patrimoniales, pues lo ideal sería que en esta investigación previa lo que tendría que hacer el fiscal como dueño de la acción e investigación, es decir como aquel que debe buscar tanto el cargo como el descargo, pero en Ecuador uno debe hacer mucha actividad procesal y preprocesal, ya que iniciada estas etapas uno debe hacer todo lo posible para probar su presunción de inocencia y esto lo único que hace es que el juez que conoce la instrucción fiscal prácticamente es un figura decorativa del fiscal,

aunque, estos esta regulados por el Código de la función Judicial para que no se den vulneraciones a los derechos humanos y al debido proceso.

**4. ¿Considera contradictorio con la Constitución de la República del Ecuador la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito?**

No lo considero contradictorio, pues está bien explicado, ya que lo distingue del enriquecimiento ilícito privado no justificado, por lo cual lo considero muy claro, ya que a raíz de que un funcionario incremente su patrimonio sin poderlo justificar, sin que una vez que esté en cargo, no se termina violando ningún derecho, por lo que al final del día en nuestra declaración de impuestos a la renta y nuestra declaración patrimonial uno debe justificar como en todo lado del mundo, en donde hay que sustentar de donde provienen nuestros recursos, por lo cual no creo que este delito viole la constitución, lo que si considero que atenta contra esta es el procedimiento de investigación.

**5. ¿Al presumirse que la conducta del funcionario público se ha ajustado a lo tipificado en delito de enriquecimiento ilícito por no poder justificar la procedencia de su incremento patrimonial, se garantiza el derecho a la presunción de inocencia?**

No se viola el derecho a la presunción de inocencia, porque el incremento injustificado esta descrito en el artículo, dice lo siguiente, quien producto de su cargo o su función, es decir que el incremento patrimonial se haya relacionado al que uso su cargo o función para generar ese incremento patrimonial, pero ojo no es un delito patrimonial, sino que es un delito de carácter socioeconómico y contra la administración pública. Si yo utilizo el encargo que me hace el estado para incrementar mi patrimonio estoy actuado de forma dolosa, en ese sentido el funcionario es una persona calificada dentro del cargo que le han dado.

**6. ¿El delito de enriquecimiento ilícito vulnera la convención de las naciones Unidas contra la corrupción?**

Para mí no viola la convención, ya que estos tratados internacionales lo que hacen es regular de manera macro la cooperación entre países para combatir la corrupción, además se declara que todos través de estos convenios a

combatir esta corrupción, pero ya la tipificación y el proceso, le corresponde soberanamente a cada estado, por ejemplo la convención no establece imprescriptibilidad de los delitos de corrupción; sin embargo en el Ecuador se ha tomado que la corrupción es un delito de lesa humanidad y por eso es imprescriptible tanto su pena, como su acción, por lo cual en el marco interno de cada país es soberano en establecer su procedimiento y tipificar el delito.

**7. En base a su experiencia profesional ¿considera que el Delito de Enriquecimiento Ilícito es susceptible de ser declarado Inconstitucional?**

En base a mi experiencia, el delito de enriquecimiento ilícito no tiene motivo para ser declarado Inconstitucional, porque está bien tipificado, está bien establecido, su pena está bien determinada, el sujeto activo también se encuentra establecido, al igual que el sujeto pasivo, el bien jurídico protegido está identificado y los parámetros para identificar si algo es injustificado está relacionado al cargo, incluso la misma constitución establece que si uno recibe un cargo público, no me permite tener otros ingresos que no sean los que se establecen la ley.

**8. A su criterio ¿considera viable que la Contraloría General del Estado pueda presumir la responsabilidad del funcionario público, únicamente por la falta de justificación de su incremento patrimonial?**

Si, si están relacionados al periodo del cargo, pues si él esté relacionado a este cargo y a su periodo, por supuesto que podría hacer una presunción de enriquecimiento Ilícito, siempre que, en la investigación se determine que dicho incremento se derivó de alguna de las actividades realizadas de manera ilícita o el uso ilícito de las atribuciones entregadas al funcionario durante el plazo de esta función pública.

**Entrevista 6**

**Entrevistado:** Abg. Renato Rafael Iturralde González

**Estudios:** Abogado de los tribunales y juzgados de la Republica del Ecuador – Master en Derecho Constitucional.

**Experiencia profesional:** Abogado litigante experto en derecho Penal – secretario del Cuarto Tribunal Penal del Guayas – Socio en el estudio Jurídico Sierra y Asociados.

**1. ¿Cuál es su criterio sobre la importancia de la tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador?**

Es importante la tipificación del tipo penal de enriquecimiento ilícito, porque de esa forma se combate este tipo de delitos de corrupción y no queden en la impunidad.

**2. ¿La a fiscalía general del Estado utiliza figuras alternativas frente a la falta los elementos de convicción suficientes para procesar a un funcionario público por otro delito contra la eficiencia de administración pública?**

En una investigación, pueden surgir no uno sino varios delitos, eso se llama concurrencia real de infracciones, la fiscalía está llamada a investigar en su totalidad y de surgir una o varias infracciones está en la obligación jurídica de establecerlo.

**3. En base a su experiencia profesional ¿considera que existe una posible inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito?**

Por principio constitucional la carga de la prueba la tiene fiscalía.

**4. ¿Considera contradictorio con la Constitución de la República del Ecuador la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito?**

En ninguna manera es contraria a la constitución, todo funcionario público debe estar sujeto a control. Así lo dice el Art. 233 de la CRE.

**5. ¿Al presumirse que la conducta del funcionario público se ha ajustado a lo tipificado en delito de enriquecimiento ilícito por no**

**poder justificar la procedencia de su incremento patrimonial, se garantiza el derecho a la presunción de inocencia?**

La presunción de inocencia se destruye en el momento de dictarse sentencia condenatoria y se encuentre debidamente ejecutoriada.

**6. ¿El delito de enriquecimiento ilícito vulnera la convención de las naciones Unidas contra la corrupción?**

En ninguna manera la contraviene, la Convención Interamericana contra la Corrupción prevé los delitos de corrupción como lo es el enriquecimiento ilícito. Art. VI numeral 1 de la Convención.

**7. En base a su experiencia profesional ¿considera que el Delito de Enriquecimiento Ilícito es susceptible de ser declarado Inconstitucional?**

En ninguna manera, existen tratados internacionales como la convención interamericana contra la corrupción que respaldan su sanción.

**8. A su criterio ¿considera viable que la Contraloría General del Estado pueda presumir la responsabilidad del funcionario público, únicamente por la falta de justificación de su incremento patrimonial?**

El Informe de Indicios de Responsabilidad Penal que emite la Contraloría General del Estado, es solamente eso un indicio, son el conjunto de elementos de convicción que pueden presumir responsabilidades.

### **3.2 Interpretación de Resultados**

En vista de haber culminado con esta etapa de contrastación de la información recogida mediante las entrevistas realizadas a expertos en temas de delitos contra la administración Pública, es viable hacer un análisis pormenorizado de toda la información recabada, ya que cada entrevistado tiene criterios distintos sobre la viabilidad de este tipo penal.



En razón de esto, el criterio profesional del entrevistado 1, fue el que más se logró acercar a la hipótesis que se busca demostrar dentro de esta investigación, ya sus premisas, corroboraron que en base a su experiencia en la profesión, para él, este delito si es usado como un tipo penal alternativo para evitar dejar en la impunidad conductas ante las cuales no existen elementos suficientes para procesar a una persona por un delito como peculado, concusión, cohecho o cualquier otro que sea un tipo penal contra la administración Pública.

Lo cual fue debidamente corroborado con los entrevistados números 3 y 5, los cuales mantienen el mismo criterio, ya que ven al delito de enriquecimiento ilícito como un tipo penal que en cierta parte termina subsidiando las falencias que la fiscalía tiene al momento de investigar otros delitos contra la administración pública, por lo cual, en aras de que el estado ejecute su poner punitivo ante estas conductas utiliza estos delitos para actuar de forma inmediata.

Incluso de acuerdo al entrevistado número 5, él ha denominado este tipo de delitos, como delitos parches, ya que su finalidad, es buscar una actuación inmediata de la acción penal, obviando las debidas investigaciones sobre la realidad del tipo penal por el cual se debe investigar al funcionario que haya cometido alguna conducta desleal en contra de la administración pública.

Por otro lado, una de las preguntas que mayor diferencia tuvo entre los entrevistados, fue el tema de la presunción de inocencia y la posible inversión de la carga de la prueba durante la imputación de este delito, ya que entre los entrevistado hubo respuestas distintas.

Incluso, uno de ellos acepto la hipótesis planteada de forma parcial, ya que considera que, si existe una vulneración a la presunción de inocencia, pero en cierta parte está justificada por el hecho de que el delito sigue estando en concordancia con el ordenamiento jurídico, aunque es evidente que, en este tipo penal, termina dejando él debe al acusado de defenderse, más de lo que la fiscalía deberá acusar.

En el mismo sentido de la pregunta anterior, es necesario acotar que el entrevistado 1, acepto totalmente la hipótesis y confirmo para su criterio si existe una vulneración inminente a este principio de inocencia por hecho de existir una inversión de la carga probatoria, pero que a su parecer debe ser denominada como carga dinámica de la prueba; porque esta no termina siendo absoluta.

Dentro de las Entrevistas existían dos preguntas que mantenían una estrecha relación, ya que la una podía ser el resultado de la otra, esta trataba en si sobre la viabilidad constitucional de este delito ante su posible contradicción con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a lo cual únicamente acogeré el criterio de dos de los entrevistados, ya que estos son los que mostraron relevancia para la teoría planteada en esta investigación.

En cuanto a esto, se debe indicar que, para ambos expertos el delito sigue siendo viable, puesto que no existe declaratoria de inconstitucionalidad que haya demostrado lo contrario, pero ambos consideran bajo el precepto de que es un tipo penal que termina afectando principios fundamentales del debido proceso penal e incluso derechos fundamentales de las personas procesadas, si se podría considerar que tiene cierta contrariedad con la Constitución.

De esta manera se ha extraído lo más importante de estas entrevistas, las cuales, aunque no han sido concluyentes en su totalidad con el tema de esta investigación, cada una aporta ciertas particularidades importantes el desenlace de la misma.

De tal manera que, en forma de análisis general, se ha podido corroborar, que el delito tiene falencias estructurales dentro de su tipificación, pues existieron dos comentarios importantes en cuanto a esto, el primero tiene como fin demostrar que el delito no tiene una base económica del incremento, lo cual deja abiertas posibilidades muy amplias para que este delito sea imputado a un funcionario del estado.

Otro de los expertos estableció algo muy interesante, que no se había tenido en cuenta, pues el determina que este delito no tiene como tal falencia

en su estructura, sino que las falencias vienen en su etapa de investigación, pues muchas veces se usan estos tipos penales alternativos sin que se considere los hechos reales de la conducta, lo cual luego termina en resultados negativos por la falta de objetividad dentro de las causas abiertas por este tipo de delito.

## **CAPÍTULO IV PROPUESTA**

## **4.1 Propuesta**

### **4.1.1 Justificación de la propuesta**

Cabe indicar en la presente instancia de la investigación, que este tipo de delitos son denominados por la doctrina internacional, como delitos de cuello blanco, pues la persona que lo comete, no tienen las características comunes de un delincuente común, ya que estos se basan en su poder institucional dentro de las instituciones del estado, para así cometer sus ilícitos, por tal motivo es importante comprender la importancia de estos tipos penales no comunes para la sociedad, ya que no tienen las mismas características que los delitos comunes.

Esto quiere decir que, en consideración de todo lo recabado durante esta investigación, y en base a las diferentes conclusiones a las cuales se ha llegado por el contexto que este tipo penal ha tenido con el pasar de los años, se ha demostrado no únicamente con bases teóricas, sino mediante criterios formados de profesionales del derecho con una amplia experiencia en temas de delitos Económicos, quienes han aportado ciertas circunstancias en las cuales ha podido dejar establecido, que este tipo penal es constitucional debido a que no ha existido acción alguna que amerite su análisis, pero por su concepción, si es atribuible a que en algún momento la Corte Constitucional lo analice a fondo.

Todo esto en base a 3 premisas que se plantearon desde inicio de esta investigación, las cuales se han ido comprobando mediante todo el desarrollo teórico realizado a este tipo penal muy particular en nuestra normativa. En ese sentido se ha establecido que existen vulneraciones reales a ciertos principios y derechos establecidos por nuestra propia constitución, los cuales necesitan ser reformados, pues su ampliación normativa es totalmente necesaria.

Evidentemente de esta investigación ha logrado demostrar que más allá de que este tipo penal vulnera estos principios constitucionales, también da la posibilidad de que durante su imputación se invierta la carga de la prueba y

esto contribuya que se trasgreda el derecho a la presunción de inocencia, el cual es la base de todo nuestro proceso penal, pues ese ese limitante a ese los Puniendi Estatal.

Incluso, dentro de la presente investigación se ha encontrado graves falencia del sistema de justicia en razón de estos tipos penales contra la administración pública, lo cual ha recurrido a que el sistema de justicia opte por perseguir a estos funcionarios público mediante el delito de Enriquecimiento Ilícito, ya que es un tipo penal que no requiere de mayor prueba para que se pueda procesar y juzgar a una persona que forme parte de los servidores públicos del estado.

#### **4.1.2 Propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal y enmienda a la Constitución de la Republica del Ecuador.**



### **COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN**

#### **EL PLENO DE LA COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN**

#### **CONSIDERANDO:**

**Que:** El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el Ecuador es un estado constitucional de derecho y justicia.

**Que:** El artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador establece que toda persona tiene derecho a la protección efectiva, imparcial y pronta de sus derechos e intereses.

**Que:** El artículo 76 de la constitución dispone que en todo proceso en los se determinen derecho y obligaciones de cualquier orden, como es en materia penal, asegurará garantías y derechos que constituyen el debido proceso, tanto para la persona procesada como de las víctimas; en tal sentido, es obligación mejorar el texto normativo en procura de su adecuada aplicación.

**Que:** El Art. 120 El numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador otorga a la Asamblea Nacional la facultad de “hacer, redactar, reformar, derogar e interpretar leyes de carácter universalmente vinculante”.

**Que:** El artículo 5 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal establece que toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

#### **RESUELVE:**

**Sustitúyase el primer inciso del artículo 279, por el siguiente texto:**

“Art. 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, siempre que previamente se haya

determinado que dicho incremento proviene de una acciones u omisión ilegítima dentro de su cargo o función. Si esto es superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años”

**Sustitúyase el cuarto inciso del artículo 279, por el siguiente texto:**

“Si el incremento del patrimonio es superior a cuarenta y menor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador, la pena Privativa de libertad será de tres cinco años”



**REPUBLICA DEL ECUADOR ASAMBLEA NACIONAL**

**EL PLENO**

**CONSIDERANDO:**

- Que:** El artículo 441 de la constitución de la Republica del Ecuador permite realizar enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución.
- Que:** El artículo 82 establece el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de



normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes

**Que:** El artículo 76, establece que se presumirá la Inocencia de toda persona, y será tratado como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

**Que:** El artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal estipula que, ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

**Que:** El artículo 211 de la Constitución de la República del Ecuador determina que la contraloría General del Estado es un mecanismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales.

## **RESUELVE**

**Sustituyase el Segundo inciso del artículo 231 de la Constitución de la Republica de Ecuador, por el siguiente texto:**

“La Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en donde el incremento patrimonial de un funcionario público no guarde relación con su realidad. De no presentarse la declaración al término de las funciones o existan inconsistencias no justificadas, previo a que remita el respectivo informe de estas irregularidades a la fiscalía general del estado, se debe comprobar que dicho incremento

patrimonial ha sido proveniente del cargo o función que ostentaba el funcionario público.

**Agréguese al final del artículo 231 de la Constitución de la Republica de Ecuador, el siguiente párrafo:**

De comprobarse que ha existido un incremento patrimonial del funcionario público investigado, el cual sea menor a 40 salarios básicos unificados del trabajador, la Contraloría General del Estado impondrá como sanción una glosa por el monto incrementado injustamente, incluyendo las multas, recargos pertinentes y sanciones administrativas correspondientes al cargo.

#### **4.1.3 Impacto Jurídico de la propuesta**

El impacto que generara esta propuesta, tiene como eje principal, delimitar el tipo penal en cuanto a la base mínima a la que debe ascender el incremento para la configuración de un enriquecimiento ilícito, pues la normativa actualmente, no indica desde que cantidad se puede judicializar este tipo de conducta, lo que se interpreta como el hecho de que cualquier tipo de enriquecimiento, ya se sea por un monto mínimo puede ser susceptible de una investigación penal.

Es por eso que, al establecer un valor base, la inseguridad jurídica a la que llevaba esto, se logra subsanar, ya que la ley debe ser lo suficientemente clara para que no se preste a interpretaciones abusivas, ni arbitrarias en el contexto de una investigación, pues el derecho penal debe ser exclusivo para conducta realmente relevantes ante la sociedad, por lo cual, es imprescindible que este tipo penal sea delimitado

Esta delimitación, no solo se extiende al hecho de no existir una base económica que determine su configuración, sino que también, que es un delito que termina generando una trasgresión al principio de inocencia, ya que toda persona dispone de este derecho antes y durante todo el proceso penal, a lo

cual también se estableció una propuesta que proporcione mayor viabilidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por lo cual se estableció en esta propuesta de reforma, que el tipo penal para que se dé por consumado, debe previamente demostrarse que el hecho por el cual se está investigando a un funcionario público, corresponde a una conducta originada por una acción u omisión dentro cargo que ostenta funcionario del estado, ya que de no acreditarse esta situación sería imposible que se presuma una conducta por hechos ajenos al cargo.

Por último, se propone una enmienda a la Constitución de la República del Ecuador, debido a que el segundo inciso crea una dificultad jurídica para las personas procesadas a raíz de un informe de indicios de responsabilidad penal, ya que este informe termina siendo vinculante para la investigación en el caso de que un funcionario no justifique su patrimonio ante la Contraloría cuando esta lo requiera.

Por tal razón, se propone sustituir la frase “hará presumir enriquecimiento ilícito”, por generar una presunción de veracidad al funcionario procesado, lo que termina generando un trato discriminatorio, privándolo de hacer uso de su derecho silencio, por lo cual es necesario que, dentro de la auditoria que la contraloría general del estado haga en contra de un funcionario del cual de presuma que existen irregularidades, previo a que se remita informe alguno sobre esto, se debe iniciar investigación que pueda demostrar que dicho incremento es originado por algunas acción u omisión del cargo que ostentaba dicho funcionario público.

Incluso, se prevé que, si se demuestra que el incremento alcanza un valor de 40 salarios básicos unificados del trabajador, esto sea susceptible de una glosa, pues al ya existir una base mínima para este delito, es necesario también regular el hecho del enriquecimiento que esta debajo del monto mínimo para criminalizar este tipo de conductas, de tal manera que, no se deja en la impunidad ningún acto contrario a la eficiencia de la administración pública.

## 4.2 Conclusión

En razón de los resultados arrojados por la presente investigación, hay ciertas conjeturas que ha dejado en evidencia la realidad jurídica de este tipo penal, pues hasta el momento no existe de manera fehaciente una importancia absoluta en la que se haga indispensable que el delito de enriquecimiento ilícito sea tipificado en un ordenamiento jurídico como el que Ecuador mantiene al día de hoy, es por eso se ha concluido lo siguiente:

- Es un tipo penal, sirve como un delito residual o alternativo, ya que es usado cuando no existen elementos suficientes que acrediten la comisión de un delito contra la administración pública, por parte de un funcionario público.
- El hecho de ser un delito imprescriptible y de que su juzgamiento pueda ser en ausencia del funcionario público procesado, lo cual termina siendo contrario al pacto internacional de derechos civiles y político, e incluso vulnera la convención de las naciones unidas contra la corrupción.
- Es necesario que se reconozca la importancia del delito previo al enriquecimiento ilícito, pues no existiría tal conducta; si el patrimonio incrementado no proviene de un aprovechamiento ilícito del cargo que este funcionario desempeña.
- Desprendiéndose del hecho anterior, es contradictorio que este tipo penal sea considerado autónomo, pues si fuera así, sería susceptible de un concurso real de infracciones, pero no lo es, ya que el hecho de juzgar a este funcionario por peculado y a la vez por este enriquecimiento ilícito terminaría generando un doble juzgamiento por los mismos hechos, ya que terminarían siendo los mismos hechos generaron el enriquecimiento ilícito.
- Es necesario que la Contraloría General del estado, no puede únicamente atribuir como indicio de una presunta responsabilidad penal, el hecho de que un funcionario haga uso de su derecho al silencio, pues el simple hecho de no justificar un incremento patrimonial cuando este

es requerido, es atribuible a que se presume con veracidad la responsabilidad del mismo. En ese sentido surge la necesidad de que, si se encuentra indicios de una infracción, esta sea determinada por la auditoría que la propia entidad administrativa de control ha designado, y que, si en base a esto se ha determinado dicho presunta responsabilidad, sea este el resultado de dicho informe; mas no el hecho de no justificar el patrimonio de forma suficiente.

- La fiscalía debe actuar con objetividad ante cualquier conducta punible, pues no puede atribuir responsabilidades de conducta que no hayan sido totalmente sustentadas demostrando la responsabilidad de la persona procesa y la materialidad del hecho, que, para este delito, debe ser el enriquecerse bajo beneficio propio o de un tercero mientras se ostenta un cargo del estado.
- El no tener determinado el monto al que debe ascender le enriquecimiento para que sea considerado un delito, termina haciendo propenso a arbitrariedades por parte de las autoridades de fiscalía o incluso de la propia contraloría, pues se puede considerar que este tipo penal se puede consumir si el incremento patrimonial es incluso por cuantías ínfimas, lo que termina generando contradicción con el principio de mínima intervención penal
- Muchas de las investigaciones que son aperturadas por la fiscalía general del Estado terminan siendo archivadas o simplemente no rinden fruto dentro del proceso penal, particularmente por el tratamiento que le dan a este tipo penal, lo cual complica mucho la prosecución de estas causas.
- Incluso se ha podido concluir que este delito no solo vence como tal el principio de presunción de inocencia y el principio de no autoincriminación de las personas procesadas, sino que se termina trasgrediendo el principio de legalidad, el cual está establecido dentro del Código Orgánico Integral Penal, ya que únicamente se puede aplicar todo lo prescrito por ley, pues en este caso en concreto no existe disposición alguna que permita este tipo de actuaciones en donde se

pueda desplazar las funciones que tiene la fiscalía al momento de investigar y sustentar sus acusaciones.

### **4.3 Recomendaciones**

- Un tipo penal no puede ser usado como un medio que subsidie la falencia que la administración de justicia tiene para juzgar y sancionar conductas que atentan contra la eficiencia de la administración pública, por ende, es necesario que este tipo penal sea reformado, ya que se requiere que dentro de su desarrollo normativo se establezca que el uso ilegítimo del cargo ya sea mediante acciones u omisiones, sea el principal desencadenante de esta conducta; mas no el siempre hecho de que exista un incremento patrimonial injustificado.
- A manera de recomendación, es importante que este tipo penal, no sea considerado autónomo en lo absoluto, pues un delito autónomo debería ser propenso a un concurso real de infracciones, por lo cual es recomendable que sea reconocido el delito previo del cual se desprendió la conducta de enriquecerse ilegítimamente.
- Un informe de indicios de responsabilidad penal no puede basarse únicamente en una presunción para establecer la culpabilidad de una persona, por lo cual es necesario reformar este artículo 231 de la constitución, para que se asegure una correcta investigación previa al momento de que este indicio llegue a manos de la Fiscalía general del estado.
- Mas allá de que el artículo citado en el punto anterior comprueba que se compromete la correcta investigación del proceso, también es necesario que el tipo penal sea aclarado por la corte constitucional, ya que en cierta forma su redacción confunde en si el hecho de presumir el enriquecimiento, es la forma por la cual se conoce de la infracción o es el criterio que debe tomar el tribunal de la causa para decidir sobre la responsabilidad del funcionario procesado.

- La fiscalía general del estado debería considerar los montos mínimos que sustenta la acusación fiscal, pues el propio tipo penal da la posibilidad de que se inicien investigaciones por este delito de forma arbitraria, considerando como un incremento significativo montos irrisorios, por ende, es necesario delimitar mediante una reforma legal, este monto mínimo en el que se debe incurrir para que se consume el tipo penal.
- Esta reforma legal establecida en el punto anterior, debe ir acompañada de una enmienda constitucional del artículo 231 de la constitución, donde se establezca que en casos de que se compruebe el enriquecimiento ilícito del funcionario, pero que no alcance el monto mínimo para constituirse como delito, esto deberá ser susceptible a una sanción administrativa en base al monto perjudicado, con las respectivas multas y recargos pertinentes.
- Se debe garantizar el correcto funcionamiento del sistema de justicia, para que de esta forma exista seguridad jurídica en cada resolución que sea emitida en base a este delito, por lo cual es necesario que no se ponga en juego el principio de legalidad en materia penal, pues este tipo penal, usa el ordenamiento jurídico de acuerdo a su necesidad, pero no garantiza el debido proceso como derecho fundamental de toda parte procesal, en especial de la persona de la cual se está discutiendo su responsabilidad en un delito.





## REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial.
- Azuero, Á. (2018). Significatividad del marco metodológico en el desarrollo de proyectos de. Revista Arbitrada Interdisciplinaria KOINONIA, 18. Obtenido de file:///C:/Users/Christian/Downloads/Dialnet ignificatividadDelMarcoMetodologicoEnElDesarrollo-7062667%20(1).pdf
- Arellano Cruz, J., & Medivil Cortez, C. (2020). Teoría del Delito y Teoría del caso. *Revista de Investigación Académica sin Frontera*, 43.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1970). *Ley 4573 - Código Penal*. Costa Rica: Gaceta Judicial.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la Republica del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2003). *Ley contra la Corrupción*. Gaceta oficial No. 5.637.
- Asociación de Academias de la Lengua Española. (2014). *Real Academia Española*. Retrieved from Real Academia Española: <https://dle.rae.es/enriquecimiento>
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico elemental*. Buenos Aires: Editorial B de F. Retrieved mayo 30, 2022, from <http://hdl.handle.net/20.500.12123/10324>
- Cerezo Mir, J. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editoria B de F.
- Comisión de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris: Naciones Unidas. Retrieved from file:///C:/Users/Christian/Documents/UDHR\_booklet\_SP\_web.pdf
- Cordero, I. B. (2013). *El delito de Enriquecimiento Ilícito desde la Perspectiva Europea*. Alicante: Repositorio Institucional de la universidad de Alicante.
- Delmas-Marty, M. (1981). *Derecho Penal de los Negocios*. París. Retrieved from Estadísticas Camarón Ecuatoriano.: <https://www.cna-ecuador.com/estadisticas/>

- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2023, julio 03). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Retrieved from Diccionario panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/bien-jur%C3%ADdico>
- Dra. María Rosa Merchán Larrea, 0597-2013 (Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia Julio 3, 2015). Retrieved from [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala\\_civil/2015/R%2086-2015-J%20597-2013.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2015/R%2086-2015-J%20597-2013.pdf)
- Espinoza Freire, E. E., & Toscano Ruíz, D. F. (2015). *Metodología de Investigación Educativa y Técnica*. Machala: Ediciones utmach.
- Eumed.net. (s.f.). Eumed.com. Obtenido de Enciclopedia virtual: [https://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/eal/metodologia\\_cualitativa.html#:~:text=1%20En%20el%20estudio%20de,Taylor%20y%20Bogdan%20\(1987\)](https://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/eal/metodologia_cualitativa.html#:~:text=1%20En%20el%20estudio%20de,Taylor%20y%20Bogdan%20(1987)).
- Fernández Collado, C., & Dahnke, G. (1995). *La comunicación humana: Ciencia social*. Ciudad de México: McGraw-Hill.
- Fernández Collado, C., & Dahnke, G. (1995). *La comunicación humana: Ciencia social*. Ciudad de México: McGraw-Hill.
- Fiscalía General del Estado. (2023, agosto 05). *Fiscalía General del Estado*. Retrieved from *fiscalía general del Estado*: <https://www.fiscalia.gob.ec/institucion/>
- Galli, C. M. (1996). *La Corrupción Como Pecado Social*. Buenos Aires: Ediciones San Pablo.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ta ed.). Ciudad de México: Mc Graw Hill. Retrieved from [file:///C:/Users/Christian/Downloads/Metodolog%C3%ADa%20de%20la%20investigaci%C3%B3n%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Christian/Downloads/Metodolog%C3%ADa%20de%20la%20investigaci%C3%B3n%20(1).pdf)
- Hernández, A., García, C., & Zazo, N. L. (s.f.). *Estudio de Encuestas*. Naciones Unidas. (2004). *Convención de las naciones unidas contra la corrupción*. Nueva York: Naciones Unidas oficina contra la droga y el delito.
- Iglesias Quintana, J. X., Armas Sandoval, A. F., Hallo Montesdeoca, D. F., & Andrade Arrieta, D. R. (2019). *El Derecho Al Silencio Garantía o*

- Incrimación en el Derecho Penal ecuatoriano. *Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación*, 809-819.
- Islas Montes, R. (2009). Sobre el principio de legalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 98-108.
- Leyva, D. R. (2013). Concepciones y Tipología de las presunciones en el derecho continental. *Revista de Estudios de la Justicia*, 89.
- López, F. (2019, abril 10). El Servidor Público. *El Telégrafo*.
- Moreno, F. R. (2019). *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría del Delito*. Quito: Librería Cevallos.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Narváez, M. Á. (2011). Límites y alcances del delito de enriquecimiento ilícito. Tesis de Grado. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de file:///C:/Users/Christian/Downloads/T1061-MDE-Narvaez-Limites%20(1).pdf
- Narváez, M. (2011). Límites y alcances del delito de enriquecimiento ilícito. Tesis de grado. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
- Navarrete, M. P. (2013). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Nestor, Conti, N. J., & Saumell, M. F. (2007). *Las figuras del Enriquecimiento Ilícito*. Rosario, Santa fe, Argentina: Nova Tesis.
- Ñaupas, H., Mejía, E., Novoa, E., & Villagómez, A. (2014). Metodología de la investigación Cuantitativa - Cualitativa y Redacción de la Tesis (4ta edición ed.). Bogotá: Ediciones de la U. Obtenido de <http://librodigital.sangregorio.edu.ec/librosusgp/B0028.pdf>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. New York: Naciones Unidas.
- Olmedo, M. J. (2020). La inversión de la carga de la prueba en el delito de Enriquecimiento Ilícito. *La inversión de la carga de la prueba en el delito de Enriquecimiento Ilícito*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito.
- Olmedo, M. J. (2021, agosto 5). La inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito. *La inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito*. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR, Quito. Retrieved from Concepto: <https://concepto.de/conclusion/>

- Orellana, R. A. (2021). *Delito de Enriquecimiento Ilícito en Ecuador*. Ecuador: Colloquium.
- Quishpe Argoti, A. (2017). Análisis del procedimiento abreviado en confrontación con el principio constitucional de prohibición de autoincriminación. *Proyecto de investigación*. UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES, Ambato.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2023, junio 25). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Retrieved from <https://dpej.rae.es/contenido/c%C3%B3mo-se-cita>
- Roberto Hernández Sampieri, Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). Metodología de la Investigación. In *Metodología de la investigación* (p. 91). México: MCGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Rosero, A. (2003). "La seguridad jurídica en el Ecuador. contribución de la Procuraduría General del Estado". Tesis de maestría. Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito.
- Ruiz, J. F. (2010). Disertación sobre el servicio público. *Revista de derecho Foro*, 21. Retrieved from file:///C:/Users/user/Downloads/1464.pdf
- Sampieri, R. H., & Fernández Collado, C. (2014). *Metodología de la investigación* (6ta ed.). Ciudad de México: Mc Graw Hill Education. Retrieved from <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>
- Sampieri, R., & Fernández Collado, C. &. (2014). *Metodología de la investigación* (6ta Edición ed.). Ciudad de México: Mc Graw Hill Education. Obtenido de <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>
- Segovia, L. O. (2013). Tratamiento mediático de los delitos de cuello o del poder. *Revista latinoamericana de comunicación Chasqui*, 32-38.
- Sentencia No 004-10-SCN-CC, 0025-09-CN (Isabel Ulloa, Eduardo Ochoa Chiriboga y Ramiro García Falconí febrero 25, 2010).
- Sentencia No. 0034-10-SCN-CC, CASO N. °0079-10-CN (Dra. Nina Pacari Vega diciembre 02, 2010).
- Siccha, R. S. (2016). *La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Sigcha, P. (2009). El sistema de procedimiento Penal Acusatorio Oral Público establecido en la Constitución de la Republica del Ecuador. *El sistema de procedimiento Penal Acusatorio Oral Público establecido en la Constitución*

- de la Republica del Ecuador*. Universidad del Azuay, Cuenca. Retrieved from <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/874/1/07499.pdf>
- Viale de gil, P. (2014). *¿La prueba es suficiente cuando es suficiente?: aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en material penal*. Buenos Aires: Pensar en derecho.
- Villegas, T. G. (2004). *Delito de Enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa.
- Westreicher, G. (2020, mayo 1). *Economipedia*. Retrieved from Economipedia: <https://economipedia.com/definiciones/enriquecimiento.html>
- Zamora, A. F., & Guerrero, B. J. (15 de agosto de 2020). El procedimiento abreviado frente a la prohibición de la autoincriminación. Polo del conocimiento.