PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"Efectos de la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento privado no justificado en el Ecuador "

GONZALEZ CABEZAS PAUL ALEJANDRO

DIRECTOR: HAROLD BURBANO

QUITO 2020

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo de titulación a mi familia que es el motor de mi vida y mi fuente inagotable de ganas de luchar a mi amada esposa que siempre me acompaña en las duras batallas de la vida.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer en primer lugar a mis padres por siempre confiar en mí y brindarme su apoyo incondicional durante toda mi vida.

A mis hermanos por su apoyo a mis amigos por compartir estos los que muchos catalogan como la mejor etapa de la vida.

Al Centro de Derechos Humanos de la PUCE por acogerme como colaborador y tantas enseñanzas profesionales y de vida

A mis maestros de la PUCE y de toda mi carrera estudiantil por los conocimientos impartidos que me ayudaron a llegar a este gran momento.

RESUMEN

En la presente trabajo investigativo vamos a enfocar el delito de enriquecimiento ilícito privado no justificado que se impulsó desde una consulta popular en el 2011 y se concretó en el Código Orgánico Integral Penal en el 2014, con un análisis del tipo penal y con un enfoque de garantías constitucionales abordaremos los derechos que afectan a las personas procesadas de este delito y como ante la falta de técnica jurídica para implementar la tipificación de este delito ha acarreado problemas porque en el desenvolvimiento de la fiscalía al acusar de este delito se produce una inversión de la carga de la prueba que analizaremos para ver en qué medida afecta las garantías constitucionales de presunción de inocencia y en qué medida afecta a los principios rectores del proceso penal.

ABSTRAC

In this investigative work we are going to focus on the crime of unjustified private illicit enrichment that was promoted from a popular consultation in 2011 and was specified in the Comprehensive Organic Penal Code in 2014, with an analysis of the criminal type and with a focus on Constitutional guarantees, we will address the rights that affect the people prosecuted for this crime and how, given the lack of legal technique to implement the classification of this crime, it has caused problems because in the development of the prosecutor's office when accusing this crime, an investment of the burden of proof that we will analyze to see to what extent it affects the constitutional guarantees of presumption of innocence and to what extent it affects the guiding principles of the criminal process.

ÍNDICE

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO 8

1.1 Definición de delito..... 11

1.2 Delitos Económicos..... 14

1.3 Relación entre la corrupción y el derecho penal 15

1.4 Antecedentes Históricos del Delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador 20

1.5 Definición del enriquecimiento ilícito 22

1.5.1 Elementos de enriquecimiento ilícito 24

1.6 Tipos de Enriquecimiento Ilícito 26

CAPÍTULO II. DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PRIVADO 30

2.1. Tipificación en el Código Orgánico Integral Penal..... 30

2.2. Elementos constitutivos del delito de enriquecimiento ilícito privado 36

2.2.1. Conducta 36

2.2.1. Tipicidad 39

2.2.2. Antijuridicidad 42

2.2.3. Culpabilidad..... 46

2.2.4. Sanción..... 50

2.2.5. Agravantes..... 53

2.3. Consecuencias de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito privado 55

2.4. Relación del delito de enriquecimiento ilícito privado con el peculado 58

CAPÍTULO III. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO PRIVADO Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL 60

3.1. La prueba en el delito de enriquecimiento ilícito privado 60

3.2. Definición de inversión de carga de la prueba 63

3.3. La inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito privado y sus efectos 66

3.4. Garantías del debido proceso 72

3.5. Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia 75

CONCLUSIONES 80

RECOMENDACIONES 85

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO

A pesar de haber coexistido siempre con el delito, la humanidad a medida que evolucionó, creó medidas cada vez más efectivas con el objetivo no de frenar la práctica del delito, que, como se expone, es algo que se encuentra en un nivel utópico, sino más bien para proteger la víctima y ofrecer medios adecuados para hacer posible la vida y la convivencia social. Primitivamente, en las sociedades más simples, prevaleció el método de autoprotección de resolución de conflictos, en el cual era legítimo para los más fuertes o para su grupo someter la voluntad de los más débiles a la suya. La figura del Estado no existía y la imposición de comportamientos operaba exclusivamente por la fuerza. Con el desarrollo de la vida social, el surgimiento de las primeras actividades legítimas, aunque los comportamientos sociales simples y objetables comenzaron a preverse en ordenanzas y la transgresión de la paz social se combinaría con una sanción (Caetano, 2019).

Así, con el paso del tiempo, surgieron estatutos, como el Código Hamurabi (alrededor del año 1.700 a.C), cuya marca principal fue la adopción de la ley conocida como de Talión, Código Manu (alrededor 1500 a. C.), hasta las Leyes de las Doce Tablas Romanas (alrededor de 449 a. C.) y el Corpus Iuris Civilis de Justiniano (alrededor de 530 d. C.). Estos códigos estandarizaron la realidad de cada sociedad y casi todos permitieron la imposición de la muerte al agente que perjudicaba la paz pública. En la Edad Media, cada nuevo Estado tenía su propio sistema legal y tenía como objetivo, sobre todo, proteger los intereses de la Monarquía y las clases que lo apoyaban, como la Nobleza. En la actualidad, con la configuración moderna de los Estados modernos, cada uno de los cuales tiene su propia legislación. Para la lucha contra el delito y la atribución de valor social a cada activo legal, varía de una cultura a otra, un proceso que se origina en un largo proceso de evolución de cada pueblo (Caetano, 2019).

Por mucho que el delito haya existido siempre, el interés en profundizar los estudios de sus causas es relativamente reciente, datando como ya se mencionó a fines del

siglo XIX. Este período de importante crecimiento científico de la humanidad, después de la Revolución Francesa, marcó la transición de la ideología absolutista y teocéntrica a la antropocéntrica, con el ser humano comenzando a centrarse en el estudio de los fenómenos en los que aparece directamente. Fue en este contexto que la Criminología surgió como una ciencia interdisciplinaria, dotada de principios y objetos muy específicos, con el objetivo, sobre todo, de comprender el delito, bajo los aspectos de sus agentes y la sociedad (Caetano, 2019).

El concepto de delito no está cerrado y su comprensión implica el estudio de varias áreas del conocimiento humano. Para Pimentel (Mirabete, 2017, pág. 96), el delito es denominada como la acción contraria a una ley, a la cual la ley le asigna una penalidad. Para Petrocelli (Machado, 2017, pág. 78) es la acción prohibida por la ley con amenaza de castigo. Dos corrientes doctrinales expresivas en la ley a nivel internacional se busca definir el delito: el causalista y el finalista. Para el primer delito, se trata de hechos típicos, anti-legales y culpables y para el segundo, la culpabilidad no es un elemento del delito, sino una suposición para la aplicación de la pena.

La criminología clásica surgió para explicar las causas del delito. Comprende tres escuelas: la Escuela Clásica, la Positivista y la Sociología Criminal (Machado, 2017). Para la primera corriente, el delito es el producto de una elección racional y deliberada del agente que, al evaluar los riesgos de su actividad, los asume por sí mismo y practica una conducta criminal. En este contexto, la pena sería punitiva y necesaria para la represión de la criminalidad. Su principal defensor es Beccaria. La principal crítica que se hace actualmente de esta teoría es que la erradicación de las causas del delito no conduce a su extinción, ya que el hecho de que la extinción de las salas de maternidad no impida que aumente la tasa de natalidad.

Para la segunda corriente (Escuela Positivista), cuyo principal promotor es Lombroso, el comportamiento humano criminal no es el resultado del libre albedrío o la elección deliberada y premeditada, sino de las características innatas de la

propia persona del criminal. Por lo tanto, el estudio del delito debe basarse en la figura del criminal, estudiándolo para llegar a una solución definitiva al delito. Para sus partidarios, la aplicación del castigo sería inofensiva, ya que la actividad criminal es una enfermedad y, como tal, debe tratarse. Esta corriente se estudia ampliamente hoy, especialmente bajo el prisma de tres aspectos: el aspecto bioantropológico, que condiciona el comportamiento criminal del agente a su predisposición, estructura orgánica; el aspecto psicodinámico, que sugiere que el comportamiento criminal tiene su origen en desviaciones en el proceso de socialización y aprendizaje del agente y, finalmente, el aspecto psicosociológico, que se centra en el estudio del comportamiento social del agente.

La sociología criminal, por otro lado, busca explicar las causas del delito dentro de la esfera social. Para sus partidarios, la sociedad misma crea condiciones favorables para la aparición del delito y solo un cambio en su germen sería útil para controlar el delito. Actualmente, el enfoque en esta corriente se realiza a través del estudio de tres teorías: la Teoría de la Desorganización Social, que sostiene que el delito proviene de la ruptura de los mecanismos sociales para controlar el delito, como los valores familiares; La Teoría de la Subcultura Delincuente, que establece que la criminalidad surge de la conciencia moral que hace imperativa la conducta criminal y, finalmente, la Teoría de la Anomia que describe el delito como algo normal e intrínseco al funcionamiento del sistema (Caetano, 2019).

Hoy, el estudio de la naturaleza y las causas del delito es múltiple, interdisciplinar y transdisciplinario, desde aspectos sociales hasta la propia conducta de la víctima, que según Vitimologia, una ciencia con gran afinidad con la criminología, algunas personas o grupos, Como los homosexuales y las prostitutas presentan más posibilidades de ser víctimas de agresiones que otros, debido a su condición y su comportamiento puede favorecer el desempeño de los delincuentes. Un gran volumen de investigación aún se enfoca en aspectos genéticos, buscando explicar que el comportamiento criminal es el resultado de la manifestación de su estructura genética y el estigma social asociado al delito aún merece atención, sobre todo al

castigo, que en la mayoría de las legislaciones actuales es visto no como una sanción, sino como un medio de re-socializar al agente, preparando al Estado para reintegrarlo en el seno social.

En los días de hoy, el delito asola a la población mundial sin control, y es por eso que su estudio es cada vez más relevante y prominente. El cambio de paradigmas en su concepto es el objeto de la evolución histórica humana, de ahí la conclusión de (da Silva, 2018): “Al estudiar el crimen se debe ser conscientes de que los descubrimientos científicos, normalmente considerados impersonales y objetivos, invariablemente llevan la marca de tiempo y lugar "(p.45).

1.1 Definición de delito

Aunque la mayoría de las definiciones tienen la desventaja de no comprender todos los elementos que rodean su objeto y pecar constantemente por omisión o por la rápida pérdida de su efectividad debido al dinamismo tan común en las ciencias modernas, y basado en estudios de grandes doctrinadores, para lo anterior, una definición legal casi unánimemente aceptada para delito: cualquier conducta humana voluntaria, comisaria u omisiva, contraria a la ley, dirigida hacia un propósito o sin observar el deber objetivo de cuidado, capaz de, por sí mismo o por medio de elementos relacionados , violar una propiedad protegida por la ley, causando daños a un tercero.

En cuanto al criterio material, el delito es cualquier acción u omisión humana que dañe o exponga el riesgo de daños a la propiedad legalmente protegida. Este criterio tiene en cuenta la relevancia del daño producido. Por lo tanto, el delito solo se legitima cuando la conducta prohibida tiene relevancia legal y penal, a través de la provocación de daños o la amenaza de daños.

Definición de delito:

1: Un acto ilegal por el cual alguien puede ser castigado especialmente por el gobierno por una violación grave de la ley.

2: Un delito grave, especialmente contra la moral.

Es decir, es un hecho dañino tanto para el individuo como la comunidad. Los mismos son ilícitos por ley. Si bien cada delito viola la ley, no toda violación de la ley cuenta como delito.

El criminalista Paul Tappan define el delito como "un acto u omisión intencional en violación del derecho penal, cometido sin defensa o justificación, y sancionado por el estado como un delito grave o un delito menor".

En cuanto al criterio legal, el legislador proporciona el concepto de delito. Sin embargo, el Código Penal no conceptualiza un delito, pero la Ley de Introducción al Código Penal sí: "Un delito penal al que la Ley comete la pena de prisión o detención, ya sea solo, alternativamente o acumulativamente con la pena, se considera un delito, multa, delito menor, el delito penal al que la ley atribuye, de forma aislada, una simple pena de prisión o una multa, o ambas, de forma alternativa o acumulativa " (da Silva, 2018, pág. 46).

En cuanto al criterio analítico, existen varias clasificaciones; Dicho esto, Basileu García sostuvo que el delito tenía cuatro elementos, a saber, hecho típico, ilegalidad, culpa y castigo. Otros autores (Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, etc.) adoptan la posición tripartita: hecho típico, ilegalidad, culpa. Otros (Damásio, Mirabete, etc.) todavía entienden el delito como el hecho típico e ilícito, ya que la culpa debe ser excluida de la composición del delito, ya que es una suposición de aplicación de la pena (Masson, 2019).

Figura 1 Tipos de delitos



Fuente: (Machado, 2017)

Al delito también se lo suele denominar como crimen, sin embargo, desde el punto de vista doctrinario, existen criterios que lo consideran como expresiones sinónimas, aunque modernamente se ha comprendido que el crimen es una especie de delito que por su trascendencia social y jurídica resulta particularmente grave. De esta manera, todo crimen resulta ser un delito, pero no todo delito es un crimen.

Dentro de la legislación del Ecuador, en especial en el Código Orgánico Integral Penal, se utiliza un término infracción penal, para referirse a la “conducta” que sanciona con la interposición del castigo previsto dentro de esta misma norma penal. Como se determina en el artículo 19, las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones, siendo los primeros los que se sancionan con una pena mayor a 30 días; mientras que los que se sancionan con una pena menor son las contravenciones.

En cuanto al término crimen, el Código Orgánico Integral Penal lo utiliza para referirse a ciertos delitos contra la humanidad como los crímenes de guerra, los crímenes de agresión a un estado o los crímenes producidos por razones de odio; es decir, a aquellas infracciones que afectan a un buen jurídico muy grave, en este caso, la humanidad.

1.2 Delitos Económicos

El delito económico generalmente se confunde con otro término, corrupción. Por lo tanto, el delito económico cubre una amplia gama de delitos, desde delitos financieros cometidos por bancos, evasión fiscal, lavado de dinero, delitos cometidos por funcionarios públicos (como soborno, malversación de fondos, tráfico de influencias, etc.).

Hay diferentes definiciones de lo que es la corrupción. Cada definición ilumina diferentes dimensiones del fenómeno a estudiar, influyendo en las tareas de análisis y enjuiciamiento a implementar. Una primera definición se centra en la ética pública. Aquí, la corrupción se define como una confusión ética entre el espacio público y privado. Una segunda visión relaciona el problema de la corrupción con la falta de transparencia del estado, ya sea en forma de barreras para acceder a la información pública o la identificación de oportunidades de contratación para ciertas empresas en el área de bienes y servicios. Sin embargo, hay una tercera definición, que es la que como organización se provee: la corrupción es una de las muchas partes de un fenómeno criminal más complejo y completo, que es el delito económico. Por lo tanto, la visión no se limita a los delitos cometidos en el sector público, sino que también se extiende a los perpetrados por actores económicos en el sector privado (Dinitz, 2018).

Por lo tanto, los delitos económicos cubren una amplia gama de delitos, desde delitos financieros cometidos por bancos, evasión fiscal, lavado de dinero, delitos cometidos por funcionarios públicos (como soborno, malversación de fondos, tráfico de influencias, etc.) entre muchos otros.

Se considera que el delito económico genera un daño social considerable. Esto se debe a que no solo afecta a las instituciones democráticas, sino que también socava el tesoro del estado al recortar los recursos disponibles para la implementación de políticas públicas. Los que son más vulnerables son los que más necesitan estas políticas, es decir, se convierten en uno de los primordiales mártires de la

corrupción, delincuencia económica. Al mismo tiempo, el daño social generado por estas actividades delictivas suele ser invisible: aparte de la indignación general, es bastante complejo tener una conciencia precisa sobre los verdaderos efectos de estos crímenes.

Además, el enjuiciamiento selectivo e ineficiente de este tipo de delitos y los responsables, evidencian la impunidad estructural en nuestro sistema judicial hacia esta actividad criminal. Por supuesto, esto está relacionado con el hecho de que los delitos económicos a menudo son cometidos por actores poderosos vinculados al poder político y económico.

El delito económico se genera a partir de un poder oculto que define las relaciones entre economía y política. La liberalización financiera y las reformas de mercado emprendidas en Argentina en las últimas décadas dejaron como resultado un proceso gradual de captura del estado institucional por parte de los principales grupos económicos. Esta captura ahora se expresa en una poderosa influencia de estos actores económicos en los procesos de toma de decisiones, la implementación de políticas públicas y la distribución de recursos económicos y sociales.

1.3 Relación entre la corrupción y el derecho penal

La corrupción constituye sin duda uno de los fenómenos actuales que se presente mayormente en la sociedad, estando este término presente en diversos medios de comunicación, prensa, en los discursos políticos y en las consideraciones de los órganos legislativos antes de la promulgación de normativas, de allí que sea necesario analizar brevemente este aspecto en razón de la relación que tiene este fenómeno con el tema de estudio, así como de la estrecha relación que existe entre el derecho penal y la corrupción.

En relación a la definición del término corrupción, diversos autores consideran que la misma no resulta sencilla, en razón de que implica un fenómeno amplio y a la vez

diverso, de modo que se materializa a través de un conjunto muy amplio de acciones.

Precisamente, el autor Roberto Ochoa explica esta dificultad en su definición, en primer lugar se contempla acorde a la real academia de la lengua española en la que se da conocer que corrupción significa “acción y efecto de corromper”; mientras que este verbo se define como “trastornar y desordenar algo”; “arrojar o desperdiciar, corromper, perjudicar, pudrir”; “prevaricar a alguien con” (Ochoa, 2018, pág. 206).

De acuerdo con estas primeras definiciones apuntadas se puede comprender el alcance del término corrupción, como una alteración del curso normal de algo, mediante una acción que tiene como finalidad dañar, corromper, pervertir a alguien o algo, mediante el soborno o prácticas similares. En este sentido, el mismo autor Roberto Ochoa da conocer la palabra corrupción:

> Como una actividad mediante la cual se trastorna y desordena, un procedimiento de cambio que esta direccionada a la mejora de la población, es decir que se trata de alterar los procesos, con el fin de lograr crear ventajas indebidas, para beneficiar a terceros (Ochoa, 2018, pág. 206).

De acuerdo con la opinión del autor se comprende como la corrupción constituye cualquier actividad mediante la cual se altera un procedimiento normal, para lo cual, se realiza una promesa de beneficio entre los protagonistas de la misma, de modo que se generan ventajas para los intervinientes, que no resultan ser éticas y en muchos casos legales.

Si bien es cierto existen diferentes ámbitos donde se produce la corrupción, uno de los más importantes es dentro del sector público, de allí la necesidad de apuntar una definición desde este punto de vista; y en este sentido, el autor Michel Rowland señala que “también que la corrupción es el abuso al pueblo, con el objetivo de beneficiarse de manera individual”, mientras que ya de manera más concreta se puede establecer que:

> Se determina que la palabra corrupción, es cuando un funcionario público es promovido a proceder de manera distintas, a las normativas ya estructuradas por el estado, para de esta manera favorecer a intereses propios. Es decir que corrupto es la persona que aborda una intención ilegal o ilegitima, para favorecer a terceros, pasando por encima de las leyes establecidas (Rowland, 2003, pág. 3).

Desde la perspectiva señalada por el autor, se comprende como la corrupción a partir el sector público, constituye toda aquella práctica a través de la cual, un funcionario público es influenciado para que no actúe de acuerdo con los parámetros legales establecidos para su función y también de forma contraria a todo estándar de ética y moral, siendo la motivación de su accionar contrario a la norma y a la ética, la obtención de un beneficio económico o al menos la promesa del mismo.

De esta manera, el funcionario deja de actuar conforme a lo dispuesto en la normativa constitucional y legal, es decir, en representación del interés público, para representar su propio interés económico particular, para lo cual, está dispuesto a desviar su comportamiento normal hacia uno distinto que le dará algún beneficio o provecho.

Por su parte, el autor Carlos Nino apunta la siguiente ilustración de corrupción a partir de la esfera pública:

> Se refiere a la mala dirección en las obligaciones a cumplir, sean estas activas o pasivas, cuyo fin es cubrir ciertas necesidades de la población para lo cual fue elegido, y no llega a cumplir con las expectativas, únicamente vela por interés propios o de terceros a cambios de favores administrativos, para lo cual afecta al cumplimiento de los objetivos lícitos que debía realizar en beneficio de la población (Nino, 2005, pág. 109).

Desde la perspectiva del autor se comprende como la corrupción implica aquel fenómeno por el cual, una persona que esta destina al cumplimiento de una función pública a través de la cual se ha comprometido al cumplimiento de ciertas obligaciones a favor de la sociedad, ha dejado de cumplirlas de manera efectiva, en razón de que ha distorsionado su accionar para alcanzar un beneficio de carácter

personal, a través de un acuerdo con otra persona que ha sido el que ha inducido al funcionario y que también se beneficia con dicho acuerdo.

Finalmente, desde la perspectiva económica, el autor Juan José Gilli apunta el siguiente criterio:

> La corrupción económica tiene que ver con el interés por el dinero, es decir realizar favoreces internos dentro del estado, para de esta manera beneficiar de forma individual y colectiva, para lo cual afectan los proyectos sociales que están involucrados a beneficiar al desarrollo del país. Bajo esta perspectiva realizan sobornos para ganar las licitaciones de contratos que realiza el estado, para ejecutar sus obras (Gilli, 2014, pág. 41).

En el criterio expresado por el autor se comprende que la corrupción constituye en sí misma un fenómeno de carácter económico, en razón de que, a través de la misma, el funcionario público y la otra persona particular, o de ser el caso, dos personas particulares, obtienen alguna clase de beneficio económico, de modo que es la promesa de dinero o recompensa lo que trastorna el trascurso normal de la función pública, influenciando al funcionario a que deje de velar por el interés público para satisfacer su interés personal.

La corrupción puede ser comprendida por lo tanto, como un conjunto extremadamente amplio de conductas, a través de las cuales, se obtiene algún beneficio económico o personal para las partes que intervienen en el mismo, de allí la dificulta de poder combatir todo este conjunto amplio de conductas cometidas por los funcionarios públicos y por las personas particulares.

Es así que existen un conjunto de mecanismos a través de los cuales se ha tratado de combatir este fenómeno, entre ellos, el derecho penal, pues dentro de las distintas normas punitivas de los Estados se han incluido algunos de las conductas que se consideran como prácticas de corrupción, peo debe aclarase que no la totalidad de las mismas son conductas penalmente relevantes; y así el autor José Hurtado explica lo siguiente:

> La corrupción puede ser percibida como un aspecto social, del cual conductas cohibidas en el Código Penal sólo constituyen una parte. Así mismo, por derecho penal puede comprenderse el derecho penal en el sentido de derecho material o como el sistema de control penal, del cual el derecho penal material sólo es uno de los medios con los que se trata de disminuir la corrupción y sus efectos negativos (Hurtado, 2012, pág. 2).

Según lo explicado por el autor, se comprende como de todo el conjunto de conductas a través de las cuales se materializa la corrupción, tan solo un grupo de las mismas están tipificadas como delitos, es decir, que el legislador las ha dispuesto dentro del Código Orgánico Integral Penal como gestiones penalmente que son confinadas con la aplicación de una pena; y la razón de esto es explicado por el mismo autor de la siguiente manera:

> De acuerdo con el criterio de la *última ratio*, el poder punitivo sólo debería ser utilizado para reprimir las agresiones más comprometidas contra las fortunas jurídicas más relevantes. De esta manera, sirve de complemento a los esfuerzos que se hacen para reforzar las reglas de comportamiento implícitas en las normas jurídicas. Un efecto importante de estos esfuerzos es desarrollar la confianza y la lealtad al orden jurídico. La represión de los actos de corrupción tiene justamente la finalidad de evitar que quienes detentan cargos públicos aprovechen de su posición de poder para gestionar el interés común en favor de intereses particulares propios o ajenos. Así, se busca consolidar la legitimidad del Estado, la confianza de los administrados en la administración pública y evitar las desigualdades que provocan los actos de corrupción (Hurtado, 2012, pág. 5).

Conforme a este criterio se comprende que el principio de *ultima ratio* del derecho penal, implica que las afectaciones más graves contra los riquezas jurídicas resguardados por la ley pueden ser considerados como delitos, de modo que no ha todas las conductas corruptas se les ha podido dar un tratamiento penal.

Aun así, actualmente, dentro de la mayor parte de Estados se ha tipificado diversas figuras penales que pretenden sancionar las afectaciones de corrupción contra la administración pública, en razón de que las mismas afectan el patrimonio del Estado y también provocan desigualdades, y eventualmente, también se han tipificado delitos que sancionan a la corrupción dentro de la esfera privada, cuando estas conductas afecten a bienes jurídicos que se consideren importantes.

1.4 Antecedentes Históricos del Delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador

La investigación realizada por (Tapia, 2018) en la Universidad Central del Ecuador, trata sobre, la judicialización dentro del enriquecimiento ilícito, es decir que se ajusta o está influida por los cargos públicos, es decir que existe un delito de una dinámica social o problema cultural, esto influenciado por terceros a cometer actos, de corrupción aprovechando su cargo dentro de una entidad pública, por lo cual es importante que el derecho, alcance un equilibrio para conseguir una justicia equilibrada, haciendo cumplir las normas o políticas de los cargos públicos.

En un estudio realizado en la Universidad de Guayaquil por (Lozano, 2019) sobre "La presunción de inocencia y la inversión de carga de la tentativa de las infracciones de lucro ilícito y incremento privado no permitido". con el objetivo de determinar si la inversión de la carga de la ejecución en los tipos penales de beneficio ilícito y lucro privado no reconocido, tipificados en el Código Orgánico Integral Penal, vulneran la presunción de inocencia. Para ello fue necesario contextualizar la problemática planteada, establecer la legislación pertinente y definir aquellos conceptos imprescindibles para el entendimiento de la temática. La metodología empleada permitió adquirir la información requerida para posteriormente ser analizada e interpretada, y así establecer los efectos jurídicos de la temática en mención; determinando que, la inversión de la obligación de la prueba en la causa penal, constituye una inconstitucionalidad y vulneración a la presunción de inocencia.

Investigación realizada por (Ruíz, 2017) en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sobre la caracterización del beneficio privado no justificado en el Código Orgánico Integral Penal, tiene el objetivo de acercar al lector a un intelecto sobre el Derecho Penal, en la legislación ecuatoriana, de una forma intermitente se encarga del trabajo del asambleísta al pueblo mediante una consulta popular, para que este sea quien decida la inclusión de nuevos tipos penales dentro del ordenamiento jurídico. A su vez mediante este trabajo de investigación se plantea un acercamiento al lector de la incidencia que los medios de comunicación ejercen en una sociedad

mediante la falta de seguridad existente, por lo que se genera una falsa necesidad de inclusión de delitos que no son acordes a la realidad ecuatoriana. Se plantea la teoría del Derecho Penal del Enemigo y a su vez el Derecho Penal Simbólico, mediante las cuales se presenta al individuo como enemigo de la sociedad ya que mediante su conducta atenta contra bienes jurídicos protegidos y el desarrollo de las diligencias de los ciudadanos. Se realizó un análisis de tipos penales conexos al enriquecimiento privado no justificado, tal como el enriquecimiento ilícito, peculado y testaferrismo, delitos en los cuales se subsumiría la conducta tipificada como enriquecimiento privado no justificado con todos los elementos de este tipo.

En la Universidad Regional Autónoma de los Andes fue realizado un estudio por (Salazar, 2016) sobre “Reforma del artículo 297 del Código Orgánico Integral Penal respecto a la violación del principio constitucional de inocencia en el delito de incremento patrimonial no justificado”. Con el objetivo de presentar un proyecto de ley reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, en el elemento del tipo objetivo del delito de enriquecimiento privado no justificado, con la finalidad de que se supriman las palabras no justificado, en su Artículo 297 a fin de evitar la violación del principio constitucional de inocencia y así precautelar la plena vigencia de los derechos fundamentales del ser humano.

En la Universidad Central del Ecuador, se realizó una investigación sobre el Enriquecimiento Ilícito según la Legislación Penal Ecuatoriana por (González, 2013) donde expresa que el enriquecimiento ilícito es un fenómeno estructural que se encuentra estrechamente relacionado, con la función pública es la que no presenta ningún control, en las funciones públicas para poder sancionar a los trabajadores públicos que realizan sus labores de una manera fraudulenta, lo que les lleva a presentar un enriquecimiento ilícito, es decir que abusan del poder público para generar sobre precios, perjudicando de esta manera a una sociedad vulnerable, y de forma directa al estado perjudicando al presupuesto general del estado anual, por lo que se debería manejar normas claras para sancionar a este tipo de trabajadores, que no demuestran compromiso por el país.

En cuanto a los antecedentes sociales e históricos, debe mencionarse que en la promulgación del Código Penal de 1971 no se contempló esta figura dentro de su normativa, y no sería sino hasta el año de 1985 cuando mediante la expedición de una reforma se tipifica el delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos; y de acuerdo con la exposición de motivos dentro de esta reforma, se señaló que en propósito de la incorporación de este nuevo tipo penal era la de contender la corrupción imperante en la administración pública.

En el año 1998, con la promulgación de la Constitución Política del Ecuador de ese año, dentro del texto constitucional se dispone que el delito de enriquecimiento ilícito sea parte de los delitos imprescriptibles, con el objeto de que no quede en la impunidad la corrupción; mientras que en el año 2001 se reformó el tipo penal, y se incrementó la pena del mismo.

En este sentido, otro de los antecedentes importantes fue la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción; mientras que en el año 2005 se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; y dentro de los dos instrumentos internacionales se dispone la obligación estatal por tipificar dentro de sus respectivas legislaciones el delito al enriquecimiento ilícito; como medida para combatir la corrupción, aunque para este periodo, ya existía el tipo penal en el Ecuador, mismo que se ratificó con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal.

1.5 Definición del enriquecimiento ilícito

El enriquecimiento ilícito es, en general, cualquier aumento en los activos que ocurre sin una causa legal, pero también todo lo que se pierde sin una causa legítima. El primer problema que debe aclararse es la definición de causa. Hay varios tipos de causas: la causa eficiente y la causa final. La causa eficiente es lo que causa el acto. Por lo tanto, la adquisición de la propiedad de un determinado bien puede tener un contrato de compra y venta como una causa eficiente.

Aquí se encuentran dos actos: la celebración del contrato y la adquisición de bienes, la primera causa de la segunda. Cuando se trata de enriquecimiento ilícito, generalmente es la causa eficiente a la que se refiere. Sin embargo, también existe la causa final. La causa final de un acto legal y, en consecuencia, de un acto enriquecedor, es la atribución legal del acto, relacionado con el fin práctico que se obtiene como resultado de él. En la compra y venta, por ejemplo, la causa sería la transferencia de propiedad. Para eso es este contrato. Por lo tanto, la causa del enriquecimiento del comprador fue la transferencia de propiedad que se produjo bajo un contrato de compraventa. El robo o el pago indebido no pueden ser una causa de enriquecimiento (aumento de los activos).

El enriquecimiento ilícito está tipificado como delito en virtud del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), que lo define como el "aumento significativo de los activos de un funcionario público que él o ella no puede explicar razonablemente en relación con sus ingresos legales". El enriquecimiento ilícito también se prescribe como un delito en la Convención Interamericana contra la Corrupción (IACAC) y la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (AUCPCC) bajo definiciones comparables. A pesar del reconocimiento internacional tan amplio, la criminalización del enriquecimiento ilícito no se acepta universalmente como una medida anticorrupción. En cambio, continúa generando un amplio debate y controversia (Muzila & Morales, 2012).

El enriquecimiento ilícito como se manifiesta es todo aquello que, sin causa justificada, se enriquezcan a expensas de otros, estarán obligados a reembolsar lo ganado incorrectamente, actualizándose los valores monetarios. La restitución se debe, no solo cuando no ha habido una causa que justifique el enriquecimiento, sino también si ha dejado de existir. Este asume su importancia como medida para combatir la corrupción, estando consagrado como se evidencia en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, dando la posibilidad a los estados a

ratificar e incluir en sus ordenanzas esta regla, siempre que no viole los principios consagrados en los estados miembros.

Figura 2 Enriquecimiento Ilícito



Fuente: (Aviles, 2013)

1.5.1 Elementos de enriquecimiento ilícito

Dentro de los elementos de enriquecimiento ilícito se encuentran en primer lugar la tipicidad, que no es más que la descripción de la conducta penalmente relevante dentro de la ley penal. En este caso, el artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal dispone que:

> Dentro del artículo 279, que hace referencia al enriquecimiento ilícito, se determina que los servidores públicos proceden acorde a la potestad estatal la cual se determina dentro de la Constitución de la República del Ecuador, mismo que hayan obtenido ingresos injustificados, mismo que equivale acorde a su cargo que ocupa, serán sancionados con pena privativa de libertad, en un lapso de siete a diez años, también se considera al enriquecimiento ilícito, cuando obtiene de manera fraudulenta bienes, los mismos que no pueden ser justificado de manera legal, todos estos factores conllevan a mencionar que el nivel político de enriquecimiento ilícito es alto (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Conforme a lo previsto, se comprende que la conducta penalmente relevante, implica que el enriquecimiento es producido durante el ejercicio de las actividades del servidor público o funcionario. Este incluye la comisión de delitos comunes cometidos por el sujeto público por el abuso del cargo.

Debe señalarse que en cuanto a la noción de enriquecimiento: existe una valoración cuántica en la legislación, ya que son tomados el monto de acrecentamiento del patrimonio del funcionario público realizado de manera ilícita para la interposición de la pena. Así también se observa que existe un deber de justificación del patrimonio por parte del funcionario, de modo que al respecto se han presentado tanto argumentos a favor como en contra, debido a la inversión de la carga de la prueba.

El segundo elemento es la antijuridicidad, que implica la lesión de un bien jurídico protegido por el ordenamiento constitucional y legal sin justa causa, siendo necesario señalar que, en este caso, el bien jurídico protegido es la administración pública en general y de manera específica el correcto y normal ejercicio de los cargos y empleos públicos, así como el erario público. No existe en este caso ninguna clase de causas de exclusión de la antijuridicidad de las dispuestas dentro del Código Orgánico Integral Penal que sea aplicable al caso.

Finalmente, está la culpabilidad, que se configura con dos elementos, que son que la persona debe ser imputable y que debe actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Los funcionarios públicos son por norma general imputables, pues siempre son personas mayores de edad y que han pasado un proceso de selección, de allí que se considere que no tienen un trastorno mental. En cuanto al conocimiento de la antijurídica de la conducta, el funcionario siempre está consiente de cuando una acción realizada esta fuera del marco legal dispuesto o cuando la misma es no ética.

En cuanto los sujetos del delito: Sujeto activo, es el servidor público o funcionario y el Estado como sujeto pasivo; mientras que en lo que se refiere al tipo subjetivo,

implica el aprovechamiento del sujeto público del cargo o funciones de enriquecerse ilícitamente (Chamorro, 2011).

El enriquecimiento ilícito como se evidencia se asocia en particular con la mentira, el abuso de poder, abandono de deberes, denegación de justicia, etc., cuyo propósito es intimidar, consentir, esperar, aceptar, comprometer un activo o una venta de los activos, inapropiadamente, para uso de un tercero. El acto, si es habitual y continuado, se traduce en perjuicio grave para la economía.

1.6 Tipos de Enriquecimiento Ilícito

En cuanto a los distintos tipos de enriquecimiento ilícito, desde el punto de vista doctrinario se ha considerado que son de dos tipos, el primero es el enriquecimiento ilícito público, que es el que está destinado a sancionar la conducta de un funcionario público activo, o de aquella persona que fue funcionario público con anterioridad, pero que cometió el delito mientras estaba desempeñando la función pública.

El segundo tipo de enriquecimiento ilícito es el de carácter privado, que sanciona a las personas particulares cuando se han enriquecido a través de acciones que han incrementado su patrimonio, sin que las mismas puedan justificar su legalidad, de modo que se dirige a las personas particulares que nunca han desempeñado una función pública.

Ambos tipos penales, que se encuentran tipificados dentro de la legislación ecuatoriana, en el Código Orgánico Integral Penal, tiene como propósito, la lucha contra prácticas como la corrupción y el lavado de activos, así como otro tipo de delitos económicos, delitos contra la administración pública y de delincuencia organizada.

Eventualmente, existen otros delitos que también pueden constituirse en una especie de formas de enriquecimiento ilícito, como el peculado, el cohecho, el tráfico

de influencia y el testaferrismo, que son actividades ilícitas a través de las cuales un funcionario público puede obtener un incremento en su patrimonio proveniente de fuentes ilegales.

Sin embargo, debido a que este tipo de conductas resultan mucho más específicas, dentro de la doctrina y la legislación nacional se las ha considerado como delitos independientes, por lo que se consolidan en distintos tipos penales que sancionan este accionar específico, estando plenamente justificado tipificación individual pues resulta más idóneo para la persecución del delito.

Asimismo, debe señalarse que desde el punto de vista de la doctrina penal, que el enriquecimiento ilícito viene a ser considerado como un delito subsidiario, en razón de que el mismo procede cuando no se ha logrado determinar de manera fehaciente, que el incremento en el patrimonio de un funcionario público se ha originado a través de una actividad delictiva de las previstas en la norma penal, de modo que en este caso, el último recurso para poder sancionar este incremento de patrimonio presuntamente ilegal, es el delito de enriquecimiento ilícito, que es necesario para poder perseguir estas infracciones que perjudican al Estado y a las personas.

Peculado

Peculado es un delito que consiste en la sustracción o desvío, mediante abuso de confianza, de dinero público o de bienes muebles apreciables, para beneficio propio o de otro tipo, por parte de un funcionario público que los administre o proteja. Es uno de los tipos criminales propios de los funcionarios públicos contra la administración en general. Es decir, es la apropiación, sustracción o aplicación prohibida de los fondos públicos a quien se les confía su administración o custodia. Denominada actualmente malversación de caudales públicos (Tapia E. , 2018).

De acuerdo al Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014) traza en el Artículo 278 sobre el Peculado:

> Es importante recalcar que los trabajadores públicos de cualquier índole que manejan de forma ilícita los fondos económicos designados, es decir manipular también bienes con el fin de buscar su interés personal o de terceros, perjudicando el desarrollo de proyectos, por lo que están incurriendo en una falta grave dentro de las políticas del estado, los cuales serán sancionados con una pena privativa de su libertad que va desde los diez años a trece años. (p.42)

Cohecho

Es la práctica de prometer, ofrecer o pagar a una autoridad, funcionario gubernamental, funcionario público o profesional del sector privado cualquier cantidad de dinero o cualquier otro favor a que la persona en cuestión deja de comportarse éticamente con sus deberes profesionales (Tapia E. , 2018).

Originalmente, la corrupción era solo una interferencia con los jueces para comprar sentencias, pero su aplicación se ha extendido a todos los funcionarios, funcionarios del gobierno y agentes del sector privado.

En el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano en su Artículo 280 plantea sobre el Cohecho:

> Aquellos trabajadores públicos que actúen de una manera deshonesta, afectando a las instituciones del estado ya, sea para beneficiarse de forma ilícita de manera individual o colectiva con el fin de agitar procesos, mantendrá una sanción con pena de libertad de un tres a cinco años, si el servidor público comete otro delito presentara una sanción de libertad de cinco a siete años, por lo cual es importante que exista profesionales honesta para que ocupen un carga público. (p.43)

Tráfico de influencia

El tráfico de influencias es la práctica ilegal de una persona que aprovecha su posición privilegiada dentro de una empresa o entidad, o de sus conexiones con personas en una posición de autoridad, para obtener favores o beneficios para sí mismo o para otros, generalmente a cambio de favores o pago (Tapia E. , 2018).

Es uno de los delitos practicados por particulares (empresarios y políticos), principalmente contra la administración pública en general. Consiste en solicitar, exigir, cobrar u obtener, para usted o para otros, una ventaja o promesa de ventaja (como si fuera una inversión), con el pretexto de influir en un acto practicado por un funcionario público en el ejercicio de la función.

De acuerdo al (COIP, 2014, pág. 44) manifiesta en su Artículo 285 expresa sobre el Tráfico de influencias:

> Dentro de este artículo se define que los servidores públicos o individuos que procedan de manera fraudulenta, busque involucran a terceros para beneficiarse de manera individual en el desarrollo de sus laborea, mantendrán una sanción con pena privativa de libertad de tres a cinco años. También recibirán una sanción de mayores años cuando los empleados públicos utilizan a terceros para favorecer a personas naturales o jurídicas, para que se conceda un contrato sin, ingresar a pruebas de merecimiento, afectado a los integrantes que están postulando por el puesto de trabajo.

Testaferrismo

Se trata del individuo que aparece como parte en algún hecho, litigio, pretensión, negociación, contrato y que verdaderamente corresponde a otro individuo (Tapia E. , 2018).

En el (COIP, 2014, pág. 44) en su Artículo 289 sobre Testaferrismo muestra que:

> Las personas que están involucradas con el estado, que aparenten como suyo los bienes muebles, inmuebles, títulos, participaciones, valores económicos, forman parte de un valor ilícito que les permita enriquecer mismos que serna sancionados con pena de libertad de tres a cinco años, de igual manera el tráfico de sustancias o de personas que son manejadas de forma ilícita, presentaran la misma sanción por parte del estado, como se encuentra en la en su Artículo 289 sobre Testaferrismo.

CAPÍTULO II. DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PRIVADO

2.1. Tipificación en el Código Orgánico Integral Penal

El delito de enriquecimiento ilícito privado, al que se denomina dentro del Código Orgánico Integral Penal como enriquecimiento privado no justificado, constituye una figura novedosa, no solo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino de manera general en toda América Latina, existiendo muy pocos antecedentes del mismo, siendo su figura más próxima el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, tipificado en el artículo 327 del actual Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000.

Dentro de la doctrina colombiana, autores como Edgar Bárcenas Espitia, ubican como el antecedente legislativo más importante para la configuración del enriquecimiento ilícito privado al delito del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, pues dentro del anteproyecto de reformas al Código Penal colombiano de 1976 se incluyó la figura de enriquecimiento indebido y no justificado sobre las personas que hubieren sido funcionarios públicos, que podían ser sancionados hasta dos años después de haber terminado su cargo, de comprobarse la existencia de un enriquecimiento que no pudieren justificar; así en concreto señala el referido autor que:

> En el anteproyecto de 1976 se le dio el *nomen juris* de enriquecimiento indebido y no justificado como reza el proyecto de 1972 e incluía una circunstancia temporal especial para su configuración delictiva: que el incremento se obtuviera durante el ejercicio del cargo o dos (2) años después de la dejación del mismo, estableciéndose una presunción de enriquecimiento indebido cuando se incrementara el patrimonio sin justificar (Bárcenas, 2003, pág. 1987).

De esta manera, se observa claramente que en este caso, se sanciona por primera vez a una persona privada por un delito de enriquecimiento indebido que no pueda ser justificado, pues la persona al momento de la imputación penal ya no estaba en ejercicio de la función pública, aunque en este caso, la acción de enriquecerse obviamente derivada del ejercicio del cargo que desempeño con anterioridad, aunque ya se observa la idea elemental de este tipo penal de sancionar a una persona particular.

Otros antecedentes normativos se dan en similar sentido, dentro de la legislación argentina, en donde también se sanciona a los exfuncionarios públicos que hayan incrementado su patrimonio de manera posterior a cuando hayan dejado de ejercer sus cargos públicos. De este modo, el artículo 16648 de 1964, disponía dentro de su artículo 268, numeral 2 lo siguiente:

> Es importante conocer que mantendrán una prisión de dos a seis años, esto ocasionado por la no justificación de enriquecimiento patrimonial, por lo cual no podrá ocupar cargos públicos.

Conforme a lo dispuesto dentro de la normativa, se observa nuevamente que el legislador dispuso que se sancione a dos tipos de personas particulares; la primera es aquella persona que desempeñó un cargo público y al momento de determinarse el enriquecimiento injustificado, el mismo ya no se encuentra en ejercicio de esa función; y por otra parte, también se sanciona, aunque con una pena menor, a las personas particulares, que aun no habiendo sido funcionarios públicos, hayan servido para disimular el enriquecimiento.

El último antecedente legislativo de Latinoamérica se halla en la legislación de Costa Rica, en el Código Penal de 1971, cuyo artículo 344 tipificó el delito de enriquecimiento ilícito, el cual dispone dentro de su numeral 4:

> En la que se define que mantendrá el funcionario público una prisión, de un tiempo de 6 meses a 2 años, esto ocasionado por no justificar de manera legal la procedencia de su patrimonio al encontrarse con una función pública.

Al igual que en el caso anterior, la legislación costarricense sanciona a los exfuncionarios que hayan incrementado su patrimonio de manera posterior a la función de su cargo, de modo que se les sanciona también como personas particulares, aunque lógicamente el incremento de ese patrimonio injustificado debe estar relacionado con el ejercicio de su desempeño anterior como funcionarios públicos.

Sin embargo, ya el tipo penal en concreto de enriquecimiento ilícito privado, como se señaló, el mismo en tipificarla por primera ocasión fue la legislación colombiana, que dentro del artículo 327 del Código Penal prescribe:

> Dentro del artículo 327, se habla del incremento patrimonial no justificado, por lo cual por esta conducta el personal público incurre en una actividad delictiva por lo cual recibirá una prisión de 96 a 180 meses, debe igual manera debe cumplir con una multa que no supere los 50.000, del salario mínimo que reciben de manera mensual.

Como se observa, dentro de la legislación colombiana se sanciona a las personas particulares que se hayan enriquecido de manera injustificada, siempre que este aumento dentro de su patrimonio haya provenido de alguna relación directa o indirecta de alguna actividad delictiva, de modo que en este caso, se le impondrá una pena privativa de libertad.

La legislación colombiana fue pionera en crear este tipo delictivo, que centra su accionar de manera directa en una persona particular, no siendo un requisito que la misma haya ejercido funciones públicas con anterioridad, sino que cualquier persona que obtenga este incremento patrimonial derivada de las actividades ilícitas será un sujeto activo de la infracción.

La motivación para que se realice esta tipificación, se debió al contexto de la sociedad colombiana, pues se dio en una época en la cual existía una gran influencia de grupos delictivos, carteles de narcotráfico y grupos guerrilleros y terroristas operando en el país; de modo que ante la creciente corrupción derivada de estos fenómenos, que impacto de manera profunda tanto en el aspecto privado como en el público, se optó por tipificar este delito, según lo ha señalado la propia jurisprudencia constitucional colombiana:

> Dentro del país de Colombia en la constitución del año de 1991, se logró fundamentar el delito de enriquecimiento ilícito, con el fin de que los empleados públicos cumplan con valores éticos, caso contrario serán sancionados conforma la ley, bajo esta perspectiva se puede regularizar el estado (Sentencia C-316 de 1996., 1996).

Como se observa, la sentencia explica que la creación de este tipo penal respondió a una necesidad pública, en el sentido del contexto de violencia que afrontaba este país durante ese periodo histórico; de este modo, la creación del tipo penal permitió combatir la violencia producida por las organizaciones criminales, así como evitar que las mismas tuvieran una gran influencia dentro de la estructura gubernamental afectada por la corrupción, de allí que la Corte Constitucional consideró a este reforma al Código Penal como constitucional y apropiada, pese a las demandas existentes en su contra.

Ahora, en lo que se refiere a la legislación ecuatoriana, la incorporación del enriquecimiento ilícito privado, se dio recién en el Código Orgánico Integral Penal vigente, consagrándose dentro de los delitos contra el régimen de desarrollo, concretamente dentro del artículo 297 que prescribe:

> Dentro del artículo 297, que se refiere al enriquecimiento privado no justificado, en la que se recalca que las personas que no presenten una justificación de su patrimonio, serán sancionados de tres a cinco años de acuerdo (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Como se observa, dentro de la legislación ecuatoriana se tipifica a este tipo penal de manera distinta a lo previsto en otras legislaciones, pues si bien es cierto se trata de un delito en el cual el infractor puede ser una persona particular que no haya ejercido una función pública con anterioridad, no se exige que el incremento patrimonial injustificado tenga alguna relación con el cometimiento de otros delitos o actividades ilícitas.

La razón de esta gran diferencia, está en la misma motivación que tuvo el legislador para tipificar este delito, siendo la misma de carácter económico, según se puede comprender de los antecedentes que dieron paso a su creación, y que se encuentran dentro del Plan Nacional del Buen Vivir en su versión 2013-2017 y en una consulta popular y referéndum realizada en mayo del año 2011.

En cuanto a Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, dentro de lo relacionado con la transformación económica estructural, esta política nacional ya analizaba la

necesidad de que se cree un delito que sancione este tipo de enriquecimiento de carácter particular, y así se señalaba que:

> Dentro del plan del buen vivir, se determina que el enriquecimiento que no sea justificado, es considerado como delito, por lo que es importante fortalecer las restricciones para el personal público que efectué negocios con paraísos fiscales mediante los organismos de control (Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017).

Según lo señalado en esta versión del Plan Nacional del Buen Vivir, la necesidad de tipificar el delito de enriquecimiento no justificado de carácter privado tiene un origen económico, de manera que lo que se busca a través de la tipificación de este delito, es mejorar la administración económica a través de la coerción penal, sancionando un conjunto de conductas que se consideran altamente perjudiciales para los intereses del Estado, sobre todo aquellas que se originan en prácticas como la evicción y elusión tributarias, pero además los que son derivados de las operaciones en paraísos fiscales, muchos de los cuales pueden tener una relación directa con fenómenos como el narcotráfico así como también con los actos de corrupción.

Este mismo sentido en cuanto a lo referente a la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito privado se observa dentro del texto de la pregunta de la consulta popular y referéndum que se realizó dentro del año 2011, en la cual se cuestionaba a la ciudadanía:

> ¿Está usted de acuerdo que la Asamblea Nacional, sin dilaciones, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique en el Código Penal, como un delito autónomo, el enriquecimiento privado no justificado? SI ( ) NO ( ) (Diario El Universo, 2011).

Conforme a lo preguntado, se observa que existe una intención clara de cuestionar a la ciudadanía cerca de la necesidad de incorporar una figura delictiva que sancionara el enriquecimiento no justificado de las personas particulares, mismo que tenía un carácter totalmente autónomo de la figura del enriquecimiento ilícito de

los servidores públicos, aunque dentro de los anexos de esta consulta no se incluyó mayor explicación acerca de la verdadera finalidad que tenía esta tipificación.

Prueba de esta autonomía de estos delitos, es presamente su ubicación, ya que el enriquecimiento ilícito de las y los servidores públicos se halla previsto dentro del artículo 279.

De acuerdo con lo previsto dentro de la Constitución ecuatoriana, el régimen de desarrollo es un hecho que tiene una clara relación con el aspecto de la política económica, conforme se puede apreciar dentro del artículo 275 de la norma suprema que prescribe:

> Dentro del artículo 275, que hace relación con el régimen de desarrollo, sostenible y dinámico de los diferentes factores económicos, políticos, socioculturales y ambientales, los cuales están enfocados a garantizar el buen vivir a la población ecuatoriana a través de una planificación equitativa de manera social (Constitución de la República, 2008).

Es así que de acuerdo con lo prescrito dentro del texto constitucional, se puede observar que el régimen de desarrollo constituye un sistema que busca la dinamización del sistema económico, aunque también se relaciona con aspectos políticos, sociales, culturales y ambientales, pero que en esencia, busca alcanzar el Buen Vivir.

De este modo, se puede concluir que, si bien existen algunos antecedentes normativos en la Región Latinoamericana respecto del delito de enriquecimiento privado no justificado como el enriquecimiento no justificado de personas particulares, los mismos tiene una motivación y un ámbito de sanción distintos, pues se originaron con la finalidad de sancionar practicas diferentes en cada país, siendo la motivación económica la que imperó en la Asamblea Nacional del Ecuador al tipificar este delito.

2.2. Elementos constitutivos del delito de enriquecimiento ilícito privado

Una vez que se ha estudiado de manera general cual fue el contexto en el cual se tipifica el delito de enriquecimiento privado no justificado en el Ecuador y cuál fue la finalidad de la incorporación del mismo dentro del Código Orgánico Integral Penal, es necesario analizar de manera particular, cuales son los elementos constitutivos de este tipo penal en concreto, para lo cual, se partirá tanto del punto de vista de la doctrina penal nacional e internacional, así como de la legislación ecuatoriana.

2.2.1. Conducta

El artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, prescribe a la conducta penalmente relevante dentro de su artículo 22 en los siguientes términos:

> Dentro del artículo 22.- De acuerdo al código orgánico que se refiere a las conductas penalmente relevantes, como son las acciones que pueden poner en peligros, no será sancionado por características o cuestiones personales (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Desde el punto de vista de derecho penal, se ha considerado que la conducta constituye el elemento esencial del tipo penal o delito. En la perspectiva clásica del derecho penal, la conducta siempre ha sido identificada, por lo general, con el concepto de acción, de allí que esta definición siempre ha estado ligada con las diferentes posturas de la Teoría del delito, por lo que desde esta perspectiva puede señalarse que no ha existido una postura única en cuanto al concepto de acción. En este sentido, el autor Francisco Muñoz Conde explica:

> Es importante recalcar que la norma jurídica, regula las conductas de los seres humanos la cual se intenta regular, por lo que la norma valora negativamente con una pena, es decir que la conducta del ser humano es una partida de reacción jurídica penal (Muñoz, 2013, pág. 7).

Desde esta perspectiva puede comprenderse como es la conducta humana la que el derecho penal pretende regula, pues es solo cuando se exterioriza esta voluntad humana, cuando se pude sancionar penalmente aquellas conductas que el legislador haya catalogado como delitos, pues no todas los comportamientos humanos merecen la aplicación de una pena, sino aquellos que son penalmente relevantes.

Ya en lo que se refiere a la definición de acción, Francisco Muñoz Conde en primer lugar explica que dentro de la doctrina penal, muchas veces se utiliza el término acción, acción criminal o acción punible, hecho o acto de manera imprecisa, puesto que también dentro de la misma se suele abarcar el término omisión, aunque es claro que las mismas son realidades distintas, y seguidamente apunta la siguiente definición de acción en sentido estricto:

> Se denomina acción al comportamiento del ser humano. Es importante recalcar que un acto voluntario debe ser penalmente relevante cuya voluntad implica una finalidad. Se recalca que la palabra voluntad es algo que se podrá alcanzar es decir alcanzar algo positivo (Muñoz, 2013, pág. 9).

Desde esta perspectiva planteada por el autor se comprende como la acción siempre depende de la voluntad humana, ya que solo de esta manera se puede considerar que el mismo pueda ser penalmente relevante; y explica que toda acción que se realiza siempre está destinada a una voluntad.

Sin embargo de acuerdo con lo prescrito dentro del Código Orgánico Integral Penal también se comprende que la conducta penalmente relevante puede ser omisiva, de allí que se requiere realizar una definición acerca de la omisión, desde el punto de vista doctrinario, y así en primer lugar el autor Francisco Muñoz Conde, explica lo siguiente:

> Se denomina al comportamiento humano como el ejercicio activo y un aspecto de pasivo el cual es penalmente relevante, formado por la omisión. Es importante recalcar que el derecho penal no solo presenta normas prohibidas sino también normas imperativas que tienen efectos socialmente nocivos (Muñoz, 2013, pág. 9)

De acuerdo con lo explicado por el autor se comprende que la conducta humana no solo implica la realización de acciones, sino también de omisiones, y en este caso, cuando producto de esta omisión se comete un delito tipificado en la normativa penal o se produce un resultado materialmente imputable, el mismo puede ser perseguido y sancionado penalmente.

Ya en lo que se refiere a la definición de omisión, el autor Celestino Petit, apunta la siguiente definición:

> La omisión es la infracción de actuar y es la base para fundamentar los delitos de omisión propia, los cuales contradicen el mandato de hacer que previamente la norma jurídica indica cómo se debe actuar y cuál es la conducta que se espera del sujeto y con ello evitar que se lesione o que se ponga en peligro el bien jurídico que está protegido. En la doctrina abundan conceptos sobre esta forma de conducta. La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), vulnerando una norma regulada y causando un resultado típico, dando lugar a un tipo de prescripción o obligación (Petit, 2007, pág. 239).

Según lo explicado por el autor se comprende como la omisión constituye una falta de un deber de actuar, cuando existe un deber jurídico de hacerlo, de modo que la omisión no debe entenderse de manera general como una simple ausencia de conducta del ser humano, sino una falta de actuación cuando existe un mandato imperativo legal, contractual o proveniente de otra fuente que exige una actuación para evitar un determinado resultado.

En este sentido, desde el punto de vista doctrinario existen diferentes formas de omisión, siendo la clasificación más conocida la omisión propia y la omisión impropia; las primeras son las conductas omisivas que se encuentran tipificadas taxativamente en la normativa como delitos; mientras que en las omisiones impropias, la conducta omisiva no está tipificada taxativamente como delito, sino que son imputables cuando se produce un resultado material típico y la persona que omitió realizar un acto se encuentra en posición de garante (como el médico que no actúa para evitar la muerte de su paciente).

2.2.1. Tipicidad

Es conocido que dentro de la teoría del delito, se han determinado un conjunto de elementos de carácter objetivo y otros subjetivos del ilícito penal, estando entre los primeros la tipicidad, misma que es definida por el tratadista Francisco Muñoz de la siguiente manera:

> Un hecho cometido es la descripción de un hecho, misma que se ve involucrado en una ley penal. Por lo cual el principio de legalidad es tipificado en la ley penal de delitos (Muñoz, 2013, pág. 39).

Desde la perspectiva explicada por el autor, se comprende como la tipicidad es aquel elemento objetivo del delito a través de la cual, se realiza una descripción de una conducta dentro del catálogo penal de un Estado, misma que se halla prohibida de cometer las personas, y en caso de no acatar esta disposición, se faculta al sistema jurídico de un Estado para que emprenda las acciones necesarias a fin de imponer una pena a la persona o personas que hayan trasgredido esta norma y cometido tal acción.

Para que se configure la tipicidad por lo tanto, es necesario que la persona o personas incurran en el cometimiento de la conducta que se halla prohibida, ya sea por sus acciones u omisiones, de modo que las instituciones de persecución criminal puedan realizar una adecuación o subsunción de la conducta cometida al tipo descrito dentro del Código Penal.

Otro aspecto importante señalado por el autor es que la tipicidad tiene amplia relación con el principio de legalidad, que no es sino la obligación de que para poder sancionar a una persona por un delito, es necesario que la conducta típica sea señalada dentro del Código Penal del Estado, de manera anterior a que una persona incurra en su cometimiento; y que también se disponga dentro de esta misma ley, cuál será la pena que se le impondrá a la persona que transgreda a la ley penal.

Por su parte, el tratadista Enrique Bacigalupo, realiza una definición mucho más amplia de lo que constituye la tipicidad, y así explica lo siguiente:

> El tipo penal es una acción "típica" o "adecuada a un tipo penal" es decir que es acción prohibida por la norma. La cual consecuentemente se define como un instrumento que identifica el comportamiento prohibido. El tipo penal en sentido exacto es la representación de la conducta ilícita por una norma. "Privar de la vida a otro" (Código Penal mexicano, art. 392), o "matar a otro" (Código Penal argentino, art. 79; Código Penal español, art. 407), son descripciones de acciones que infringen la norma que prescribe "no matarás". Ejecutar un tipo penal significa llevar a cabo la conducta descrita como dañosa de la norma. (Bacigalupo, 2006, pág. 80).

De acuerdo con lo señalado por el autor se comprende como el tipo penal constituye de manera específica, la descripción de una conducta que se halla prohibida dentro de la norma punitiva de un Estado, de modo que esta acción u omisión este prohibida de cometer para cualquier persona, pues de lo contrario, se faculta al Estado para que aplique la coerción penal e imponga la pena que se halla determinada dentro de esta misma ley.

El comportamiento prohibido, cuando es transgredido por una persona o un grupo de ellos y sus acciones, claramente puede subsumirse en la descripción del delito que ha realizado el legislador, permitiendo que se pueda aplicar la pena a los autores de la misma.

El autor también señala que, en cuanto a la explicación de que porque una conducta ingresa al catálogo penal de un determinado Estado, la misma se encuentra en que tal acción u omisión se considera como lesiva o peligrosa para toda la sociedad, y por lo tanto, es un deber del Estado realizar una intervención a través de su poder punitivo.

En lo referente a la tipicidad dentro de la legislación ecuatoriana, la misma se halla prevista dentro del artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal, que señala que: “los tipos penales refieren a los compendios de las conductas penalmente distinguidos”; esto tiene amplia relación con lo determinado dentro del artículo 22 del mismo cuerpo normativo que prevé que: “Son penalmente distinguidos las operaciones u descuidos que ponen en peligro o provocan consecuencias lesivos, inefables y justificables. No se logrará sancionar a una persona por asuntos de peligrosidad” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Al igual que lo determinado dentro de la doctrina penal, el Código Orgánico Integral Penal dispone que la tipicidad no es otra cosa que la descripción de las conductas penalmente relevantes, es decir, aquellas acciones u omisiones que afectan a la sociedad en conjunto y a los bienes jurídicos protegidos de manera particular, y que por lo tanto, son sancionables con la aplicación de una pena.

Ya en cuanto a la tipicidad específica del delito de enriquecimiento privado no justificado es necesario analizar la conducta descrita dentro del artículo 297 del Código Orgánico Integral Penal:

> Dentro del artículo 297 se detalla el enriquecimiento privado no justificado, es decir que las personas que presenten un patrimonio que no puedan justificar, serán sancionados con pena privativa de libertad que va desde los tres años a cinco a los de acuerdo al (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En primer lugar, debe señalarse que se considera que la acción típica del delito de enriquecimiento ilícito privado resulta compleja, por lo que no constituye una acción simple como en los ejemplos antes expuestos (matar, robar, hurtar), sino que se trata de una conducta amplia, siendo esta la de “incrementar el patrimonio”, pero esta acción, deberá cumplir además con el requisito, de que tal acción no debe estar justificada.

En este sentido, los autores Gustavo Balmaceda y Juan Fajardo explican que: “el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es complejo por las siguientes razones: (…) Porque el enriquecimiento ilícito vulnera un bien jurídico supraindividual y es pluriofensivo, por lo que, inclusive, la respuesta punitiva es superior” (Balmaceda & Fajardo, 2016, pág. 189); pero además explican que a diferencia de otros delitos que también ocasionan un perjuicio económico, en este caso no es particular, sino es un perjuicio económico plural, de modo que se afecta a toda la sociedad.

De esta manera se comprende que incrementar el patrimonio de una manera no justificada, perjudica al patrimonio económico del Estado, ya que como se explicó,

esto puede tener un perjuicio en aspectos como el tributario y el fomento de prácticas de corrupción y delitos como el narcotráfico.

Sin embargo, debe destacarse la dificultad que tiene para las autoridades de persecución criminal el establecer el cumplimiento de la tipicidad del delito, pues no solo basta con demostrar un incremento de un patrimonio de una persona, sino que deberán constar que el mismo sea injustificado; además de que el patrimonio puede pertenecer directamente a una persona o el aumento del mismo puede darse a través de otra persona.

2.2.2. Antijuridicidad

El segundo elemento objetivo del delito es la antijuridicidad, la misma que es explicada desde la doctrina penal por el tratadista Francisco Muñoz Conde de la siguiente manera: “la antijuridicidad es un juicio negativo de importe que recae sobre una conducta del ser humano, y que indica que esta conducta es contrario a los requerimientos del ordenamiento jurídico” (Muñoz, 2013, pág. 199).

De acuerdo con lo explicado por el autor se comprende que para que una acción sea considera como un delito, no basta únicamente con que la misma haya sido incluida dentro de la norma penal del Estado, sino que además la misma deberá ser contraria a lo previsto dentro del ordenamiento jurídico, es decir, esta acción u omisión debería afectar en forma negativa a la sociedad.

Este mismo criterio tiene el autor José Cornejo Aguilar, quien define a la antijuridicidad como:

> Aquella circunstancia en que la conducta es contraria a la norma, es decir hace lo que está prohibido o no se hace lo que se espera que se haga, ya sea por desaprobación de la conducta, ir en contra del ordenamiento jurídico, o por poner en peligro o lesionar un bien jurídico protegido (Cornejo, 2016, pág. 1).

Según lo explicado por el autor se comprende como la antijuridicidad está relacionada directamente con el hecho de que la conducta que ha sido realizada por la persona haya infringido alguna norma penal del ordenamiento jurídico del Estado

y que al mismo tiempo, la misma pueda afectar de manera grave a un bien jurídico protegido por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes.

Por su parte, el autor Enrique Bacigalupo tiene una visión mucho más amplia de lo que implica la antijuridicidad del delito, y lo explica de manera más detallada de la siguiente forma:

> Se determina que la antijuricidad, es una acción típica no justificada, es decir es un tipo de comisión que puede ser culposo, es de decir que es una falta de autorización de la acción, por lo que matar a otro es un acción característica de generar una lesión de la norma que refiere que se refiere “no debes matar” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Con base en lo explicado por el autor, se comprende como la antijuridicidad es un segundo elemento necesario para que una acción pueda considerarse como ilícita, y si bien es cierto, en primer lugar se requiere que la acción u omisión conste dentro del catálogo penal tipificada como un delito, además es necesario que la misma ponga en peligro o lesione un bien jurídico sin justa causa, pues puede darse el caso que la acción se cometa con una legítima justificación, en cuyo caso, la misma no podría ser punible en razón de que no amenazó sin justa causa a un bien jurídico protegido, y por lo tanto, no sería antijurídica.

Ya en lo que se refiere a la legislación ecuatoriana, la misma se encuentra en línea con lo antes señalado, pues según prescribe el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal, “para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

De esto modo, según lo dispuesto en la normativa penal ecuatoriana, en relación a la conducta se define como antijurídica deberá estar un tipo de lesión o ultimato sin una justo conocimiento sobre algún bien jurídico privilegiado por la Constitución de la República del Ecuador.

En este sentido, es la misma norma penal la que dispone cuáles serán las causas por las cuales no se puede e considerar que una acción u omisión no se considere antijurídica; y en el caso de la legislación ecuatoriana, las mismas se encuentran previstas dentro del artículo 30 del mismo Código Orgánico Integral Penal, mismo que prescribe que:

> Dentro del artículo 30, se recalca que las causas de exclusión de la antijuricidad, se refiere a que no existe infracción penal, cuando la conducta de las personas se encuentre previamente justificado de manera leal, es decir que actúa bajo una orden legitima (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Conforme a lo previsto dentro de la normativa jurídica, existen cuatro causas por las cuales no se considera que una acción u omisión no es antijurídica, siendo esas: el estado de necesidad, la legítima defensa, la actuación en cumplimiento de orden legítima y de manera expresa de una autoridad competente y la actuación por deber legal.

De estas cuatro causas de exclusión de la antijuridicidad, solamente dos son desarrolladas por la legislación penal ecuatoriana: el estado de necesidad y la legítima defensa. En cuanto a la primera el artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal prescribe:

> Dentro del artículo 32, se habla del estado de necesidad, que se refiere cuando la persona al proteger un derecho individual o de terceros, pueda causar daño a terceros de acuerdo a lo estipulado en el derecho del (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

El estado de necesidad se cumple cuando una persona se ve en la necesidad de incurrir en una acción típica que le ocasione una especie de daño o lesión a otra persona, en razón de proteger un derecho suyo o el de otra persona, para lo cual la normativa exige que por lo menos existan tres requisitos: un peligro real para el derecho; que el resultado de la acción cometida no fuere peor que la que se intentaba cometer; y, que no hubiera otro medio más adecuado y menos dañino para la protección de ese derecho.

Por otra parte, el artículo 33 del mismo Código Orgánico Integral Penal dispone lo relativo a la legítima defensa:

> Dentro del artículo 33, el cual se refiere a la legítima defensa, que debe existir cunado una persona actúa en defensa propia, o de terceros que puede ser por agresión actual, necesidad racional y, la falta de provocación suficiente de acuerdo al (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Conforme a lo señalado se comprende cómo, al igual que en el caso anterior, existen al menos tres requisitos que debe presentarse para que se considere que se ha cometido una acción antijurídica, siendo estas que exista una agresión en tiempo actual, que exista una necesidad racional del medio empleado en la defensa y que no haya existido ninguna provocación previa por parte de la persona que se defendió.

Finalmente están las acciones que se cometen en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente, en cuyo caso se necesitará de un respaldo de esa orden para demostrar esta causa de exclusión de la antijuridicidad o cuando se actúa en cumplimiento de un deber legal, como en el caso de los profesionales de la salud.

Analizando el tipo penal en concreto la tipificación del delito de enriquecimiento privado no justificado, se puede observar que la acción es antijurídica en sí misma, y por lo tanto, ninguna de estas causas de exclusión de la antijuridicidad podrían ser aplicables.

Esto se debe a que este delito, se trata de acción de carácter eminentemente económico, que consiste en un aumento del patrimonio de una persona sin justificación, de modo que no podría alegar un estado de necesidad o legítima defensa para esa acción, así como tampoco cabrían las ordenes legítimas y expresas de ninguna autoridad competente o el cumplimiento de deber legal, debido a la naturaleza misma de este tipo de delito; de modo que se podría concluir que de presentarse esta conducta, la misma siempre se deberá considerar como antijurídica.

2.2.3. Culpabilidad

La culpabilidad constituye el tercer elemento del delito, pero a diferencia de los anteriores el mismo es de carácter subjetivo, en razón de que esta permite juzgar la conducta del infractor desde los parámetros dispuestos por la normativa, siendo indispensable que se cumpla con este elemento para que se pueda sancionar a una persona por el cometimiento de este delito, como explica el autor Francisco Muñoz Conde:

> Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce de algunos preceptos del derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena para el autor de ese hecho. Existen determinados casos en los que el autor del hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal. Ello demuestra que, junto la tipicidad y a la antijuridicidad debe darse una tercera categoría en la teoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer la pena. Esta categoría es la culpabilidad, una categoría cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos referidos por el autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son también necesarios para la imposición de una pena (Muñoz, 2013, pág. 119).

Como bien señala el autor, es necesario que para que una persona pueda ser sancionada por una acción típica y antijurídica, deba además ser culpable, cumpliéndose de esta manera con el tercer elemento de la teoría del delito que se exige dentro de los ordenamientos jurídico penales.

En cuanto a la definición de la culpabilidad existen diversos criterios y posturas, sin embargo, de manera general, el autor Raúl Plascencia Villanueva apunta el siguiente criterio:

> La culpabilidad podemos definirla como el juicio de afeamiento que se rige en contra del sujeto activo de un delito, en dignidad de haber ocasionado la lesión o puesta en peligro, no obstante, que tenía otras contingencias de actuación menos dañosas o del bien (Plascencia, 2004, págs. 158, 159).

Como se observa, claramente en la definición realizada por el autor se comprende como este elemento tiene un carácter subjetivo, ya que define a la culpabilidad como un juicio de reproche que se realiza sobre el autor del cometimiento de la conducta ilícita, de allí que se evidencia que para determinar si se ha cumplido con este elemento deba realizar una especie de valoración subjetiva por parte del juzgador; siendo necesario establecer si la persona podría haber o no actuado de otra manera distinta que no hubiera resultado lesiva, y por lo tanto, no se hubiera afectado un bien jurídico protegido por la ley.

En lo que se refiere a la legislación ecuatoriana, el artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal determina que la "para que un individuo sea estimado como responsable, de manera penal deberá ser atribuible y proceder con conocimiento de la antijuridicidad de la conducta" (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Claramente se observa que dentro de la legislación ecuatoriana, no se dispone una definición de la culpabilidad, sino que únicamente se limita a señalar cuales son los elementos que deben cumplirse para que exista culpabilidad por una acción ilícita cometida, siendo estos: imputabilidad y conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

Respecto al primer elemento el autor Enrique Bacigalupo define a la imputabilidad "las condiciones para la imputación intrínseca de un hecho determinado, es decir, a la atribución de una operación a un sujeto como su acción" (Bacigalupo, 2006, pág. 156) y dentro del mismo Código Orgánico Integral Penal en sus artículos 35 al 38 se describen cuáles son los casos por los que una persona no es imputable.

Así, en primer lugar el artículo 35 prescribe que: "no existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado" (Código Orgánico Integral Penal, 2014); mientras que dentro del artículo 36 se explica:

> Es importante recalcar que las personas al instante de presentar una infracción, no tienen conocimiento sobre la ilicitud, en relación a la conducta, por lo cual el juez deberá dictar una medida de seguridad al instante que comenten la infracción prevista por el (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Conforme a lo determinado dentro de la norma pernal se observa como en los casos en los cuales la persona que comete una infracción penal, tiene algún trastorno mental que le imposibilita comprender la conducta cometida, no existe culpabilidad penal, siendo necesario que se apliquen medidas de seguridad como modo de protección para la víctima pero también del mismo infractor. Asimismo, cuando exista una disminución en la capacidad de entendimiento, se deberá atenuar la pena aplicable al infractor.

Otra de las causas de exclusión de la culpabilidad se encuentra previas dentro del artículo 37 de este mismo cuerpo legal, y se refiere la responsabilidad en embriaguez o intoxicación, que es una situación mucho más compleja que el trastorno mental, pues se deberán aplicar un conjunto de reglas dentro de las cuales, tan solo una exime de responsabilidad al infractor, mientras que en otros casos se disminuye y también en el último caso se constituye como una agravante de la infracción.

> Salvo en los delitos de tránsito, la persona que al momento de cometer la infracción se encuentre bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada conforme con las siguientes reglas: 1. Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto, no hay responsabilidad. 2. Si deriva de caso fortuito y no es completa, pero disminuye considerablemente el conocimiento, hay responsabilidad atenuada imponiendo el mínimo de la pena prevista en el tipo penal, reducida en un tercio. 3. Si no deriva de caso fortuito, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad. 4. Si es premeditada con el fin de cometer la infracción o de preparar una disculpa, siempre es agravante (Código Orgánico Integral Penal, 2014).|

La última causa para que no exista culpabilidad penal se encuentra dispuesta dentro del artículo 38 del Código Orgánico Integral Penal, que prescribe que: “Las individuos que tiene una edad menor de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”; por lo que la minoría de edad se considera como una causa de inculpabilidad, siendo necesario que de presentarse estos casos, se juzguen dentro de la normativa especializada de menores de edad.

Respecto de esta causa de inculpabilidad, el autor Enrique Bacigalupo explica que dentro de la doctrina penal se la conoce como “minoridad” y señala que:

> Se determina que los códigos penales exceptúan de manera genérica una responsabilidad de las personas que cuenta con una edad menor de 18 años, por lo cual se refleja un apoyo de la presunción *jure et de jure,* es decir que no alcanzan madurez (Bacigalupo, 2006, pág. 157).

Finalmente se debe referir al segundo elemento de la culpabilidad dispuesto dentro del artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal, que es el actuar con conocimiento de la antijuridicidad la conducta; mismo que es explicado por el autor Francisco Muñoz Conde de la siguiente manera:

> Es importante recalcar que la norma penal motiva a la persona en conocer temas de las prohibiciones, si el individuo no conoce no tendrá ningún motivo para abstenerse según la norma menciona que no puede atribuirse a título de culpabilidad (Muñoz, 2013, pág. 127).

De acuerdo con lo explicado por el autor, se comprende como este requisito no exige que la persona conozca en detalle la descripción de la conducta que constituye un delito, sino que solo basta que de manera general pueda tener una compresión de que la misma es ilícita y que por lo tanto se le podrá sancionar en caso de cometerla.

Ya en lo que se refiere a la culpabilidad en el caso del enriquecimiento privado no justificado, dispuesto dentro del artículo 297 del Código Orgánico Integral Penal, se requiere que la conducta del tipo penal se haya cometido por una persona que sea imputable, es decir, que sea mayor de edad y que no padezca enfermedad metal para poderla considerar como culpable, pues siendo un delito de carácter patrimonial económico cuya conducta se realiza en un periodo de tiempo relativamente extenso, por su naturaleza, sería difícil que se aplique la causa de exclusión de culpabilidad por intoxicación.

Además, se requerirá de que la persona que cometa esta acción típica, conozca de la antijuridicidad de su conducta, de modo que a breves rasgos deberá conocer que este hecho es ilícito y que merecerá al aplicación de una pena, requisito que casi

siempre se cumplirá, salvo en los casos en los cuales el enriquecimiento privado se cometa por una persona imputable y que incremente el patrimonio de otra persona que no sea imputable, como en el caso de un hijo o familiar menor de edad, en cuyo caso solo se sancionaría al infractor directo, mientras que la otra persona no sería culpable.

2.2.4. Sanción

La sanción penal, desde el punto de vista doctrinario, no se considera como un elemento del delito, sino que la misma constituye una consecuencia de la misma, y respecto de su definición, el autor Manuel Ossorio la considera como:

> Castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. Mezger dice que en sentido estricto es "la imposición de un mal proporcionado al hecho"; es decir, una "retribución" por el mal que ha sido cometido. Y en sentido auténtico, la pena es la que "corresponde, aun en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido", debiendo existir entre la pena y el hecho "una equiparación valorativa (equiparación desvalorativa)" (Ossorio, 2010, págs. 707, 708).

Conforme a lo señalado por el autor se comprende como la pena es considerada como un castigo, una imposición o una retribución que se le aplica a una persona que ha cometido un delito que ha afectado a una persona y también a la sociedad, debiendo la misma ser proporcional al mal que ha causado.

Esta primera definición corresponde a un sector de la doctrina penal que consideraba a la pena como un castigo; sin embargo, en la actualidad, este criterio ha cambiado, pues se considera que la pena tiene una finalidad preventiva, más allá de ser un castigo.

Ya desde esta perspectiva, respecto de la sanción o pena el autor Eugenio Zaffaroni aporta el siguiente criterio:

> Se define que la ley penal dispone de un mandato y de una ordenanza. La sanción que corresponde a la sujeción penal es la denominada pena. De esta manera la pena es la sujeción estatal que tiene por objeto suministrar a la seguridad jurídica

> mediante la desconfianza especial resocializadora de futuras conductas criminales (Zaffaroni, 2008, pág. 34).

De conformidad por lo explicado por el autor, se comprende como toda ley penal que tipifica un delito está compuesta por un precepto de hecho y una sanción, de modo que ante el cometimiento de la conducta prohibida por la ley, se faculta al Estado, a través de las instituciones de persecución criminal a poder aplicar la pena que se describe en esa misma ley, siendo esta una consecuencia de la coerción estatal.

En cuanto a su finalidad, el autor señala que la misma es de carácter preventivo, con el objeto de que infractor no vuelva a cometer a futuro este mismo tipo de conductas y además de que se le resocialice para que se integre nuevamente a la sociedad como una persona productiva.

Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal, dentro de su artículo 51 define a la pena de la siguiente manera:

> Dentro del artículo. 51.- que se refiere a la pena, misma que es una limitación a la libertad y a los derechos de los individuos, como resultado jurídico de sus acciones. La cual se basa en una disposición legal e asignada por una sentencia condenatoria ejecutoriada (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

La legislación penal ecuatoriana define a la pena como una consecuencia de carácter jurídico que debe enfrentar la persona que ha incurrido en el cometimiento de un ilícito penal, consistiendo básicamente en la restricción de algunos derechos de la persona, como su libertad o sus derechos políticos. También se dispone que la pena solo podrá ser impuesta en una sentencia penal condenatoria que este ejecutoriada y que la misma deberá respetar el marco jurídico del Estado.

En lo que se refiere a la finalidad de la pena, el Código Orgánico Integral Penal dispone en su artículo 52:

> Dentro del artículo 52 se recalca los fines de la pena que son la desconfianza general para la delegación de delitos y el progreso progresivo de las comisiones y capacidades del individuo con condena así como el resarcimiento del derecho de la víctima. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Según lo dispuesto dentro de la normativa, la finalidad de la pena es la prevención general del delito, de modo que esta es una finalidad ejemplificadora para que las personas no cometan acciones como estas a futuro; pero además, una parte importante es que se busca la rehabilitación social de la persona mediante el desarrollo de sus derechos y también de sus capacidades, así como también alcanzar la reparación integral de la víctima de delito.

De acuerdo con lo previsto dentro del mismo Código Orgánico Integral Penal, dentro de su artículo 53, la pena debe cumplir con el principio de legalidad, lo que implica que las penas que se apliquen por los delitos cometidos, deberán ser únicamente las que se dispongan de manera expresa dentro de la misma ley penal, por el tiempo ahí dispuesto, estando prohibidas las penas indefinidas.

Además, también la pena deberá cumplir con el principio de individualización, conforme se dispone dentro del artículo 55 de la misma norma, de modo que en los casos en los cuales se haya cometido un delito por parte de una pluralidad de personas, éstas deberán tener una pena individual de acuerdo con las reglas determinadas en la misma norma, que son las siguientes:

> Dentro del artículo, 54, que se refiere a la Individualización de la pena de cada individuo, incluido si son diferentes responsables en una misma infracción, observando lo siguiente: 1. Las circunstancias del hecho 2. Las necesidades y condiciones especiales 3. El grado de participación (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Asimismo, el Código Orgánico Integral Penal, dentro de su artículo 58 ha divido las penas de la siguiente manera: “Las condenas que se asignan en virtud de juicio firme, con carácter transcendental, son privativas, no propias de libertad y restrictivas de los derechos de posesión (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En cuanto al delito de enriquecimiento privado no justificado, el mismo es sancionado con una pena principal privativa de libertad, que podrá ser de tres a cinco años, dependiendo de las circunstancias en las cuales se haya cometido la infracción, además de la interdicción por el mismo periodo de tiempo, de acuerdo

con lo prescrito dentro del artículo 56 del mismo Código Orgánico Integral Penal que prevé:

> Dentro del artículo 56, que hace referencia a la Interdicción, se habla de la sentencia condenatoria transporta consigo la interdicción del individuo privado de libertad, mientras dure el castigo(Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En el caso de que se reincidiere en esta conducta, la misma podrá ser sancionada con la pena máxima de cinco años que prevista dentro de este tipo penal, pero la misma estará además incrementada en un tercio, conforme se dispone dentro del artículo 57 de la misma norma.

2.2.5. Agravantes

Según lo prescrito dentro del artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal, se deberán tomar en consideración tanto las circunstancias atenuantes y agravantes para la aplicación de la pena, de la siguiente manera:

> Castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. Mezger dice que en sentido estricto es "la imposición de un mal proporcionado al hecho"; es decir, una "retribución" por el mal que ha sido cometido. Y en sentido auténtico, la pena es la que "corresponde, aun en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido", debiendo existir entre la pena y el hecho "una equiparación valorativa (equiparación desvalorativa)" (Ossorio, 2010, págs. 707, 708).

Conforme a lo prescrito dentro de la norma, se observa como al momento que el juzgador dicte una sentencia condenatoria en la cual aplique una pena, la misma deberá tener en cuenta estas circunstancias, que pueden hacer que la pena disminuya o se aumente en forma considerable.

En lo que se refiere a las circunstancias agravantes, son situaciones que no se consideran como elementos constitutivos del propio delito, sino circunstancias ajenas que se pueden presentar y que debido a la peligrosidad que implican, hacen necesario que la pena se aumente.

El Código Orgánico Integral Penal dentro de su artículo 47 dispone de un conjunto de circunstancias agravantes, pero lógicamente, no todas son aplicables a un solo

delito, sino que las mismas pueden producirse de acuerdo a la naturaleza de cada uno de los tipos penales.

En cuanto al delito de enriquecimiento privado no justificado, se podrían presentar las siguientes agravantes:

> Art. 47.- Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal:
>
> 1. Establecer la infracción.
>
> 2. Realizar la infracción.
>
> 3. Intervenir la infracción.
>
> 4. Aprovecharse de reuniones masivas.
>
> 5. Ejecutar la infracción con participaciones.
>
> 8. Cometer la infracción.
>
> 10. Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores.
>
> 14. Perturbar a varias víctimas.
>
> 17. Realizar la infracción total o parcialmente.
>
> 18. Encontrarse con el autor perseguido o prófugo por un delito. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

También en el cometimiento del delito podrían presentarse algunas circunstancias atenuantes:

> Dentro del artículo 45.que hace referencias atenuantes de la contravención.
>
> 2. Proceder con la persona infractora.
>
> 3. Forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción.
>
> 4. Remediar de forma voluntaria.
>
> 5. Acudir de forma voluntaria a las autoridades de justicia.
>
> 6. Favorecer eficazmente con las autoridades. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

2.3. Consecuencias de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito privado

El delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y el enriquecimiento privado no justificado guardan un conjunto de semejanzas entre sí, pues como se comprende, la única diferencia sustancial se encuentra en la persona que puede ser el sujeto activo del delito, si es un funcionario público o una persona particular que nunca ha desempeñado esta función.

Esto se debe a que desde la teoría del delito se ha considerado que existen sujetos activos del delito que son calificados, en razón de que existen delitos especiales, conforme lo explica en autor Enrique Bacigalupo, quien señala que “en los delitos especiales”, el tipo penal está constituido por una afectación “que especialmente incumbe al sujeto activo, lo que debe dominarse por el sujeto calificado, único que puede ser autor” (Bacigalupo, 2006, pág. 194), de modo que en el caso del enriquecimiento ilícito no particular, se trata de un delito especial que solo puede ser cometido por un solo tipo de sujeto activo, que son los funcionarios públicos.

Por otra parte, debe señalarse que en cuanto a los cuestionamientos realizados hacia estas figuras típicas se centran en la naturaleza jurídica que tiene este delito, que es concebido principalmente como un delito subsidiario, en el sentido de que el mismo, fue creado por el legislador, con la intención de cubrir vacíos jurídicos, es decir, algunos espacios o ámbitos desprovistos de regulación en el campo penal, sobre todo en la tipificación de los delitos en contra de la administración pública.

De esta manera, el delito de enriquecimiento ilícito viene a aplicarse, en los casos en los cuales no se ha podido encasillar el incremento injustificado de un patrimonio público de un funcionario público, dentro del cometimiento de alguno de los delitos contra la administración, de modo que pudiera existir un descontento popular. En este sentido, el autor Jorge Pérez explica:

> El delito de enriquecimiento ilícito carecería de la descripción de acción típica, no describe conducta alguna, pues habría surgido para evitar que delitos contra la administración pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza. Ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió dicha acumulación, se optó por crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito. Como vemos, la *ratio legis* (razón político criminal de creación del delito), permite establecer el carácter subsidiario de este supuesto típico (Pérez, 2012, pág. 3).|

En el criterio del autor, se puede decir que el delito de enriquecimiento ilícito, de alguna manera, carece de una acción típica delimitada, pues se fundamenta en una acción que es muy amplia y generalmente lícita, que es la de enriquecerse, más aún en el caso del enriquecimiento privado, de modo que lo que requiere probarse es solo la ilicitud o injustificación de ese incremento patrimonial.

De acuerdo con la línea de lo explicado con el autor, se comprende como la tipificación de este delito no surge de un estudio dogmático jurídico, ni de una apreciación científica o técnica, sino más bien tiene un origen social y hasta cierto punto de vista popular, pues ante las deficiencias de las instituciones de investigación criminal por demostrar la existencia de un delito contra la administración, una vez que se detecta que se ha incrementado el patrimonio de un funcionario público injustificadamente, y el temor de la reacción social al ver como este acto quedaba en la impunidad, se optó por incorporar este nuevo tipo penal subsidiario que permitía aplicar una sanción penal sin mayor esfuerzo, en el sentido de que era el funcionario quien debía justificar la licitud de ese incremento patrimonial y no el deber del fiscal el demostrar este la ilicitud de la acción.

Lógicamente, que el delito de enriquecimiento ilícito particular, que se formula sobre la misma base del aplicable a los servidores públicos, sigue esta misma línea de subsidiariedad, nacida con la presión de la sociedad y también del populismo, según señalan algunos autores. Sobre esta figura típica, se pueden encontrar un conjunto de críticas y cuestionamientos de diversos autores, no solamente desde el punto de vista penal, sino también porque este delito podría afectar algunos principios y derechos del debido proceso.

Estas mismas críticas se presentaron en las legislaciones colombianas, donde se interpusieron recursos constitucionales contra el delito de enriquecimiento ilícito particular, por considera que se afectaba la presunción de inocencia, el principio de legalidad (por ser un tipo penal en blanco), el principio de carga de la prueba entre otros, pero la Corte Constitucional de ese país, no lo consideró inconstitucional en virtud de que el fin del legislador al crearlo fue el contexto de violencia que vivía Colombia en ese periodo histórico.

Así también, en la legislación ecuatoriana, las consecuencias que se produjeron cuando se incorporó este delito, fueron diversas críticas de catedráticos y doctrinarios que consideraron esta incorporación como una manifestación del populismo del gobierno de turno y no una incorporación de un tipo penal basado en los fundamentos del derecho y la doctrina penal.

Así, autores como Javier Bustos consideran que existe una afectación del derecho al debido proceso, concretamente en el derecho a la defensa de la persona, en las garantías de la presunción de inocencia y la garantía de que "nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal", situación que la Corte Constitucional considera que no existe debido a que la inclusión de este tipo penal fue realizada mediante consulta popular, y por lo tanto, la "voluntad popular" convalida la inobservancia del principio de inocencia y "constitucionaliza" la carga de la prueba al ciudadano" (Bustos, 2011, pág. s/p).

Sin embargo, debe recalcarse que existieron otros casos similares, en los cuales la Corte Constitucional tuvo otro criterio, señalando que no se podía afectar la presunción de inocencia, y por lo tanto, se declaró la inconstitucionalidad de esos artículos; mientras que en este caso en concreto no se aceptó este mismo criterio y en consecuencia se invierte la carga de la prueba este delito. También existen otras posturas que consideran que podría afectarse el principio del *no bis in ídem*, en el sentido de la relación que existe entre el delito de enriquecimiento ilícito privado con el peculado, como se explicará seguidamente.

2.4. Relación del delito de enriquecimiento ilícito privado con el peculado

Para poder establecer la relación entre el delito de enriquecimiento privado no justificado con el peculado, en primer lugar, debe realizarse una definición de este segundo tipo penal, tanto desde el punto de vista de la doctrina, como desde la legislación penal ecuatoriana.

En este sentido, el autor Francisco Carrara precisa al peculado: "Incautación de cosas públicas ejecutada por un individuo investido de alguna obligación pública, que precisamente en razón de éste, le hubieron entregado, con la necesidad de guardar y restituir, las cosas que se apropia" (Carrara, 1986, pág. 13).

Conforme a lo señalado por el autor, se comprende como el delito de peculado no es sino la apropiación que un funcionario público realiza sobre el patrimonio estatal, mismo que le fue entregado a ese funcionario con el objeto de que el mismo desempeñara su labor pública, conservando la misma durante la función de su cargo, para luego devolverlo una vez que haya terminado con esa función; pero en lugar de ello se opta por apropiarse indebidamente de este patrimonio.

Por su parte, el autor Francisco González de la Vega, define al peculado, manifestando que:

> Se define que la distracción que para usos convenientes o extraños el servidor público hace de los bienes que, por su representación le han sido confiados, los cuales pueden ser, valores, en dinero o cualquiera otra cosa que concierna al Estado. (González, 1996, pág. 333)

Al igual que en el caso anterior, se observa como la definición de peculado apunta a la acción de apropiación indebida que realiza un funcionario de bienes estatales que le fueron confiados, y que el mismo usa en beneficio propio para otros fines que los dispuestos en el mandato constitucional o legal; el autor señala que pueden ser cualquier tipo de bienes los que use el funcionario.

En la legislación ecuatoriana, el Código Orgánico Integral Penal tipifica al peculado dentro del artículo 278 que prescribe:

> Art. 278.- Peculado.- 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, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Como se observa, el peculado dentro de la legislación ecuatoriana ha conservado el mismo sentido dispuesto dentro de la doctrina penal, solo que en este caso se ha detallado en mejor forma la conducta típica, que en general se refiere a las acciones que un funcionario público realice con los bienes del Estado, de modo que se abusen, se apropien, se distraigan o dispongan arbitrariamente, no para el uso público sino en beneficio propio o de terceras personas.

Precisamente, el peculado no solo implica el uso o apropiación de bienes estatales para beneficio propio, sino también en beneficio de terceras personas, que pueden ser personas particulares, de modo que las mismas tengan un incremento de su patrimonio que no sea justificable, en cuyo caso se les podría sancionar tanto por peculado como por enriquecimiento privado no justificado, pudiendo incurrirse en este caso en un doble juzgamiento, que se halla prohibido por la Constitución de la República.

CAPÍTULO III. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO PRIVADO Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

3.1. La prueba en el delito de enriquecimiento ilícito privado

El autor Jorge Zavala Baquerizo afirma que el proceso penal constituye una vía o camino "para conocer la verdad procesal lo que es una realidad histórica, pues los hechos podían haber pasado de una explícita manera, pero los mismos tienen que ser conocidos en el proceso penal a través de la prueba" (Zavala, 2005, pág. 64); mientras que Alfonso Zambrano Pasquel explica que solamente se puede alcanzar a la verdad procesal mediante la prueba lícita (Zambrano, 2009, pág. 3). De estos dos criterios se comprende la importancia que tiene la prueba dentro del proceso penal, ya que la misma se constituye en el medio a través del cual se puede alcanzar la verdad procesal, buscando que se acrediten cada uno de los hechos que las partes alegan.

En sentido general, Jiménez Walters explica que "la noción probar infiere investigar, examinar acreditar convencer, evidenciar, demostrar, etc.", pero dentro del ámbito jurídico, probar implica "convencer al juez para obtener el resultado de las pretensiones, contrapretensiones, excepciones o defensa en general", y además explica que debe considerarse que "cada parte procesal tiene su verdad de los hechos o relación sustancial" (Walters, 2003, pág. 19).

Por su parte, el autor Marcelo Midón apunta la siguiente definición de prueba desde la perspectiva jurídica:

> Mismo que determina que, experimentar es demostrar que lo consolidado corresponde a una realidad. Sin embargo se denomina prueba al fragmento del cual el litigante presenta al juez el verdadero hecho, así como por paradigma un documento, una opinión de un perito, la afirmación de un testigo. Posteriormente esa misma voz se utiliza para hacer un informe de la actividad o procedimiento desarrollado al ofrecer o producir un medio demostrativo. (Midón, 2007, págs. 27, 28).

Según lo explicado por el autor, existen al menos dos perspectivas de lo que implica la prueba en sentido jurídico.; así, en un primer sentido, la prueba constituye un

medio a través del cual, una de las partes intenta demostrar los hechos que afirma; mientras que desde una segunda perspectiva, prueba implica la actividad que se desarrolla para la producción de ese medio probatorio.

Por su parte, el tratadista Antonio Dellepiane tiene un sentido mucho más amplio de lo que implica la prueba, y así explica:

> Úsase, desde luego, en el sentido de medio de prueba, o sea para designar los distintos elementos del juicio producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria). En segundo lugar, entiéndase por prueba, la acción de probar, de hacer la prueba como cuando se dice que al actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados (…) Por último, con la voz "prueba" se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos del juicio antes aducidos, o se la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento. (Dellepiane, 2011, págs. 7, 8).

Según lo explicado por el autor, existen al menos tres acepciones de lo que implica la prueba en sentido jurídico, la primera es la de los distintos medios de pruebas a través de los cuales pretenden demostrar su verdad procesal, es decir, los hechos que alegan. La segunda acepción de prueba implica el proceso mismo de probar, es decir la acción que se realiza dentro del procedimiento. Mientras que una acepción final implica un fenómeno psicológico que se produce en el juzgador, a quien se le debe llevar a la convicción de los hechos que señalan cada una de las partes.

Por su parte, Hernando Devis Echendía complementa estos criterios señalando que la prueba además constituye: "está vinculado con las reglas que sistematizan la recepción, elaboración, asunción y valoración de los diversos medios que pueden utilizar para llevar al juez la convicción sobre los hechos que conciernen al proceso" (Devis, 2015, pág. 15).

Desde esta perspectiva, la prueba constituye un conjunto de reglas procesales en las distintas materias, incluida la penal, a través de las cuales se faculta la producción de pruebas, su presentación ante el juzgador y la forma como el juez deberá valorar las mismas; y todas estas reglas se deberán respetar para que cada

una de estas acciones puedan tener validez legal y produzcan su accionar jurídico de llevar al convencimiento al juez acerca de la verdad de los hechos.

Ya en lo que se refiere a la prueba en materia penal, el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal dispone que: “la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada” (Código Orgánico Integral Penal, 2014); de allí se comprende que la prueba en el proceso penal ecuatoriano deberá llevar a demostrar la materialidad de la existencia del delito y la participación de la persona imputada en el cometimiento del mismo.

En este sentido, el artículo 195 de la Constitución de la República prescribe que: “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública”; y en concordancia con ello, el artículo 411 del Código Orgánico Integral Penal prescribe que:

> Al referirnos al artículo 411, que hace referencia a la titularidad de la acción penal pública, en la que ejerce la acción penal pública, cuando posea los elementos de convicción sobre la existencia de la infracción y, el compromiso del individuo procesada . (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Si bien es cierto, dentro de la Constitución de la República se dispone como principio general, que es el mismo Estado el encargado de la acción pública, a través de la Fiscalía General del Estado, quien está en la obligación de obtener lo elementos de convicción necesarios y suficientes para poder demostrar la existencia material de del delito y el nexo causal que demuestre la participación del presunto infractor, elementos que se transformarán en pruebas en la etapa de juicio, en lo que se refiere al delito de enriquecimiento privado no justificado surge un hecho poco usual, que es explicado por al autor Alfonso Zambrano Pasquel de la siguiente manera:

> Dentro del enriquecimiento privado no justificado ocurre un fenómeno interesante ya que de forma manifiesta, quien haya incurrido en esta conducta, deber· probar la licitud de sus ingresos, lo que se contrapone con el principio de inocencia garantizado en la Constitución de la República, así como con la obligatoriedad de la carga de la prueba por parte del Estado de Derecho (Zambrano, 2014, pág. 314).

Conforme a lo explicado por el autor, se comprende como dentro del delito de enriquecimiento privado no justificado no se aplica el principio general de carga de la prueba que le corresponde al fiscal que está en representación del Estado, sino que se produce lo que se denomina como inversión de la carga de la prueba, lo cual tiene una serie de consecuencias jurídicas que requiere analizarse.

3.2. Definición de inversión de carga de la prueba

Previamente a definir a la inversión de carga de la prueba, es necesario apuntar un concepto de principio de carga de la prueba; y en este sentido el autor Hernando Devis explica:

> De esta manera se determina que la prueba de cada parte tiene interés en probar, para obtener un triunfo en el proceso; es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en el proceso, necesita cada una que aparezcan comprobados para que sirvan de trama a sus pretensiones (Devis, 2015, pág. 142).

Conforme a lo señalado por el autor, se comprende como la carga de la prueba es un principio procesal a través del cual se determina cual es la parte que tiene el mayor interés en probar ciertos hechos del suceso, de manera que esta parte es quien deberá realizar todas las diligencias probatorias que la normativa le permite a fin de cumplir con esta obligación o deber.

Según señala el mismo autor, el principio de carga de la prueba además tiene una influencia directa en la forma en la cual debe fallar el juzgador al final del proceso, un criterio que es ampliado por el autor Jairo Parra Quijano, quien respecto de la carga de la prueba explica lo siguiente:

> Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. (…) no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte (Parra, 2004, pág. 242).

En la explicación realizada por el autor, se comprende precisamente esta doble dimensión que tiene el principio de carga de la prueba, ya que por un lado es una exigencia que tiene cada una de las partes, quienes deberán ejercer un mayor protagonismo en el aspecto probatorio de los hechos que afirman, aunque a criterio del autor no se trata tanto de una obligación jurídica, sino más de una autorresponsabilidad de las partes por cumplir con este principio.

Precisamente, la segunda dimensión explicada respecto del principio de la carga de la prueba, implica la forma de actuación que deberá tener el juzgador al momento de dictar una resolución final acerca del proceso, pues el mismo deberá tener en consideración a quien le correspondía probar cada cosa, y establecer si lo ha logrado o no, pues en el caso de que una parte no haya cumplido con probar un hecho fundamental, estará en la obligación de soportar la consecuencia jurídica de esa falta.

Ya en lo que se refiere específicamente al principio de la carga de la prueba en materia penal, el autor Jacobo López señala:

> La cuestión de la carga de la prueba es básica en el ámbito de la prueba, pues en función de ella se determinan los efectos que produce que ciertos hechos no resulten probados. Suele decirse que en el proceso penal no rigen las reglas de la carga de la prueba, dado que, venga de donde venga la prueba (siempre lícitamente obtenida), lo importante es que el hecho resulte probado. Da igual que la prueba la proponga la acusación o la defensa, pues, si el hecho se prueba, se tiene como tal perjudique o beneficie a quien la propuso. Este planteamiento es correcto, pero incompleto, pues, la carga de la prueba despliega sus efectos precisamente cuando un hecho alegado no ha sido probado. Efectivamente, cuando el hecho resulta probado, la carga de la prueba carece de eficacia, pues sus efectos aparecen ante un hecho no probado (López, 2001, pág. 255)

De acuerdo con lo explicado por el autor, existen posturas doctrinarias que consideran que el principio de la carga de la prueba no se aplica dentro del proceso penal, en razón de que se considera que mientras un prueba sea lícita, es decir, obtenida sin la vulneración de ningún precepto constitucional o derecho humano, la misma servirá para demostrar el hecho que se requiere probar, es decir, la existencia del delito y la identidad del infractor. Sin embargo, el autor también señala

que dentro del derecho penal la carga de la prueba tiene la doble dimensión antes señalada, pues la misma influye directamente en la forma de resolver del juzgador, señalando que la carga de la prueba solamente importa en los casos en los cuales no se ha logrado probar lo afirmado, pues cuando no se logra demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal del infractor, tal hecho es determinante para la decisión del juez o tribunal penal.

Por su parte, el autor Edmundo Botero, siguiendo las ideas de Alfonso Zambrano, tiene una opinión distinta respecto de la carga de la prueba:

> La circunstancia de la carga en el elemento procesal penal, el cual debe ser considerado como la necesidad que tienen las partes procesales para introducir en el proceso penal las pruebas que justifiquen sus respectivas posiciones, para llegar a la exactitud histórica. La necesidad impone la obligación: El fiscal, dentro de la etapa del sumario deben llevar al proceso en necesidad de sus acusaciones, los elementos que prueben que, en verdad, el delito se cometió y que ese acto antijurídico le es atribuible a una persona concretamente individualizada (Bodero, 2002, pág. 209).

Conforme a lo explicado por el autor, se comprende que dentro del proceso penal, la carga de la prueba le corresponde sin duda al fiscal, pues este es quien debe introducir los elementos probatorios necesarios que demuestran la existencia del cometimiento de un delito, así como que este acto típico, antijurídico y culpable le es atribuible a una persona que previamente debe haber sido individualizada, de modo que al final el juzgador pueda tomar una decisión con base a esta carga probatoria, estableciendo si el fiscal, en ejercicio de la potestad pública, efectivamente logró demostrar el cometimiento del ilícito y la responsabilidad de los hechos que se le han imputado a la persona procesada.

Una vez señalada que es la carga de la prueba y a quien le corresponde, la noción de inversión de carga de la prueba resulta mucho más fácil de comprender, pues como ya ha quedado claro, la carga de la prueba en materia penal, la tiene el fiscal, por demostrar la existencia del cometimiento de un delito y la responsabilidad de la persona procesada, la inversión de la carga de la prueba se refiere al hecho en el cual, no le correspondería al fiscal demostrar la existencia del delito, sino que sería

la defensa del procesado la que debería demostrar la inocencia de la persona procesada, pues en este caso, en el proceso penal se partiría de una presunción de que se cometió el delito y que existe responsabilidad del procesado en su cometimiento.

3.3. La inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito privado y sus efectos

Autores como Eduardo Herrera afirman que la inversión de la carga de la prueba es un hecho que se da con frecuencia dentro del proceso civil y que no es usual dentro del campo penal; sin embargo, en la investigación de ciertos delitos la legislación lo suele permitir, siendo precisamente uno de los prototipos el delito de enriquecimiento ilícito, ya sea el que recae sobre los funcionarios públicos o aquel que puede ser cometido por personas particulares (Herrera, 2012).

De acuerdo con lo explicado por el mismo autor, la inversión de la carga de la prueba se da en razón de lo que en derecho procesal civil se conoce como principio de disponibilidad y facilidad probatoria, que es explicado por el autor Álvaro Luna de la siguiente manera:

> El recurso probatorio radicaría en que una de las partes posee en franquicia un intermedio de prueba apto para acreditar un hecho, de carácter que resulta imposible a la otra acceder. Se define también que el principio de facilidad exige tener en cuenta las dificultades de una de las partes respeto a la práctica de un medio probatorio (Luna, 2003, pág. 9)

Conforme a lo explicado, se observa que en determinadas ocasiones, en la resolución de una controversia jurídica, se presenta el caso de que un hecho puede ser probado únicamente por un medio de prueba de la que dispone una sola de las partes, de modo que a la otra parte se la haría imposible acceder a la misma, de allí que la práctica de ese medio probatorio estaría de manera exclusiva en una sola parte, quien tiene la facilidad de acceder a la misma, y por lo tanto, existiría al menos un deber jurídico, sino una obligación, de que la misma lo aporte al proceso penal.

Precisamente, en este caso se encontraría el enriquecimiento ilícito, pues si se lo analiza desde la perspectiva del principio de disponibilidad y facilidad probatoria, solamente el funcionario público o la persona particular a la que se le imputa el delito, estaría en posesión de la información necesaria a fin de que demuestra la licitud de su patrimonio.

En este sentido, el autor Fidel Rojas Vargas, al referirse específicamente al tema del delito de enriquecimiento ilícito indica que:

> Cuando existe una evidencia que justifica la infracción o su hipótesis de caracterización que no es un problema de inversión de carga de la prueba, por cuanto es un deber del individuo público rendir cuentas (Rojas, 2007, pág. 620).

En la opinión del autor, en lo que se refiere al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, considera que no existe una inversión de la carga de la prueba, y esto se debe, a que los mismos administran el patrimonio del Estado, lo que de cierta manera faculta a que la ciudadanía pueda exigir un rendimiento de cuentas de ese patrimonio; por lo tanto, esto tiene como consecuencia un deber del funcionario por demostrar la licitud de su enriquecimiento. Desde esta misma perspectiva, el autor César San Martín considera que:

> Si el resultado, es correcta de una presunción legal que obliga al imputado, en su asunto, a presentar que probar la licitud de sus entradas o consumos, porque si no lo hace así se concreta la presunción de que ha cometido una infracción de adquisición ilícita (San Martín, 2002, pág. 428).

Ahora, si bien es cierto, desde el punto de vista del principio de trasparencia con el que se debe manejar la administración pública, así como el deber jurídico que asume un funcionario público al manejar el patrimonio estatal, de cierta manera podrían justificar la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, un caso distinto se presenta en el delito de enriquecimiento privado no justificado, en donde la persona no tiene a su cargo la administración de fondos públicos u otro tipo de patrimonio, sino que sus recursos proviene de sus actividades económicas privadas.

En este sentido, resulta improcedente considerar que exista un deber legal del ciudadano por justificar su patrimonio, sobre todo porque esto iría en contra de varias de las garantías del debido proceso, como lo explica el autor Eduardo Herrera:

> Las dos opiniones doctrinales glosadas, como la sentencia del Tribunal Supremo español sitúan el fundamento de la inadmisibilidad de la alteración de la obligación de la prueba en la vigencia de la presunción de ingenuidad bajo la sucesiva razón: no logra admitirse la alteración de la obligación de la prueba como se supone – salvo prueba en contrario – que el individuo es honesto. Adjudicarse esa alteración como legal (Herrera, 2012, pág. 66).

De acuerdo con lo explicado por al autor, existen criterios doctrinarios, así como algunos postulados jurisprudenciales en los cuales se ha señalado que invertir la carga de la prueba en los procesos por delito de enriquecimiento ilícito privado constituiría una franca y frontal vulneración del debido proceso, concretamente en la garantía de la presunción de inocencia, pues se revierte y se distorsiona a la misma.

Es así que, de acuerdo con lo dispuesto dentro de cualquier ley penal que tipifique el delito de enriquecimiento ilícito privado, incluido del Código Orgánico Integral Penal, establecer que es el imputado quien debe justificar la licitud de su patrimonio implicaría que se parte de una presunción de responsabilidad penal de cometimiento del delito, que la persona procesada está en la obligación de revertir, demostrando su inocencia, nada más lejos de lo dispuesto dentro de la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos, donde se garantiza el derecho a que toda persona sea considerada inocente hasta que se demuestre lo contario en una sentencia emitido legalmente.

Es así que se puede concluir que, con base en los criterios aportados, la consecuencia jurídica de haber revertido la carga de la prueba dentro del delito de enriquecimiento privado no justificado, es la afectación del derecho al debido proceso garantizado en el 76 de la Constitución de la República y en otros instrumentos de derechos humanos, de modo que se estarían afectando

importantes derechos, de allí que el tema amerite un breve análisis desde el punto de vista constitucional.

En este sentido, un punto sobre el que se debe partir, es la importancia que tienen los dentro del paradigma constitucional ecuatoriano, ya que desde la aprobación de la norma suprema del año 2008, se modificó dicho paradigma dando como resultado una mayor obligación de protección de los derechos fundamentales de todas las personas.

Este deber se origina en lo previsto en el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, en la cual se establece que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”, lo cual tiene una influencia directa en el primer deber primordial del Estado, que se halla previsto dentro del artículo 3, numeral 1:

> Dentro del artículo 3, se hable de las obligaciones primordiales del Estado, que garantiza sin diferencia alguna los derechos establecidos en la Constitución y, en los efectos internacionales, en particular la educación, la salud, la nutrición, la seguridad social (Constitución de la República, 2008).

De acuerdo con lo previsto dentro de la norma suprema, se comprende que el deber primordial del Estado, o función teleológica, es la de garantizar todos los derechos fundamentales hacia todas las personas sin realizar ningún tipo de discriminación, tanto los derechos previstos dentro del marco constitucional como los que se hallan garantizados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido, respecto del paradigma nuevo paradigma constitucional imperante en el Ecuador y su significado doctrinario, el autor Ramiro Ávila Santamaría explica lo siguiente:

> En el Estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes, incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales (Ávila, 2008, pág. 29).

De acuerdo con lo explicado por el autor, se comprende como el paradigma constitucional ecuatoriano se construye sobre la base de que la protección de los derechos es la base fundamental para el Estado y una obligación que deben respetar todas las funciones, organismos, instituciones y funcionarios públicos, ya que estos derechos constitucionales se consideran como superiores al Estado, y por lo tanto, los mismos son un imperativo de tutelar.

Así también se comprende que los derechos son superiores al mismo Estado y que limitan el poder de accionar del mismo, en razón de su importancia y su trascendencia histórica, social, jurídica y humana; de allí que ninguna de las formas de actuación de las autoridades gubernamentales pueda afectar la protección de los derechos humanos de las personas, ya que la Constitución de la República dispone que más bien, la obligación de todas las autoridades gubernamentales es la de alcanzar una protección adecuada.

En este mismo sentido, el autor Ramiro Ávila Santamaría explica las obligaciones que implica este nuevo paradigma, en los siguientes términos:

> El Estado de derechos en plural ha significado una gran expropiación de los derechos individuales por parte del Estado (…) toda autoridad, incluida el parlamento, está sometida a la Constitución. Pero la Constitución tampoco es cualquier norma: tiene derechos que se consideran fundamentales. En el Estado de derechos, la idea es que todo poder público y privado se somete a los derechos fundamentales, que están reconocidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El acento no está sólo en la Constitución como instrumento normativo, sino en todos los derechos, como atributos de los seres humanos y de la naturaleza (…) (Ávila, 2012, págs. 15, 16)

De acuerdo con lo explicado, se comprende como los derechos de las personas no solo que se encuentran garantizados hacia todas las personas, sino que los mismos se constituyen en límites eficaces contra las actuaciones de todas las autoridades estatales, pues los mismos deben ser cumplidos y garantizados por las autoridades, pues de lo contrario existirán consecuencias jurídicas que se hallan depuestas dentro de la misma Constitución ecuatoriana.

Esta obligación de protección de los derechos ha sido reconocida inclusive por la misma Corte Constitucional, quien en su sentencia interpretativa N° 001-08-SIC-CC del año 2008, estableció que:

> Al hablar del paradigma, se relaciona con el componente, de interdependencia de los derechos con respecto al Estado. De esta manera se debe hacer predominar la justicia, proposición que debe regir en el orden preceptivo interno y, asimismo en el ámbito universal. El Estado Constitucional admite el acercamiento que ha llegado en la realización del excedente jurídico de la perfección occidental (Sentencia No. 001-08-SIC-CC, 2008).

De acuerdo con el criterio expresado por la Corte Constitucional, se comprende como el nuevo paradigma constitucional ecuatoriano tiene como punto central a la protección de los derechos de las personas, de modo que el Estado y las leyes deben ajustarse a este postulado constitucional, pues de lo contrario carecerían de eficacia jurídica, de conformidad con lo determinado dentro del artículo 84 de la misma Constitución ecuatoriana:

> Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (Constitución de la República, 2008).

El artículo 84 de la Constitución del Ecuador, que determina las garantías normativas, prescribe la obligación que existe de que la normativa jurídica secundaria establecida en el Estado, debe guardar relación con los preceptos constitucionales y la protección de los derechos de las personas, que es el fin estatal, pues de lo contrario carecería de eficacia jurídica.

En este sentido, debe señalarse que conforme a este análisis señalado, se puede señalar que las todas las normas, incluidas las de carácter penal no pueden realizar afectaciones de los derechos de las personas, lo que también incluye lógicamente a los normas del debido proceso, donde se halla la presunción de inocencia.

3.4. Garantías del debido proceso

El debido proceso constituye un término extremadamente amplio en materia jurídica, pues el mismo abarca una serie de derechos fundamentales, principios y garantías que se le deben respetar a todas las personas, en los procedimientos de cualquier naturaleza, en donde se esté resolviendo una situación jurídica o sus derechos.

Desde la perspectiva doctrinaria, el debido proceso ha sido definida por diversos autores, entre estos Martín Agudelo Ramírez quien considera que:

> El debido proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal. Se trata de una institución integrada a la Constitución y que posibilita la adhesión de unos sujetos que buscan una tutela ciara de sus derechos. Es un derecho fundamental que se integra generalmente a las partes dogmáticas de las Constituciones escritas reconocido como un derecho de primera generación en cuanto hace parte del grupo de derechos denominados como individuales, civiles y políticos, considerados como los derechos fundamentales por excelencia. Precisamente estos derechos cuentan con unos mecanismos de protección y de efectividad muy concretos. (Agudelo, 2005, pág. 90).

En la opinión del autor, el debido proceso en la actualidad ha alcanzado la categoría de un derecho fundamental, que se halla garantizado por lo tanto, por la Constitución de la República como dentro de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos; siendo a su vez, parte de su contenido, un conjunto de otros derechos y garantías procesales favorables a las personas, cuando las mismas requieren de un deber de tutela dentro de los procedimientos públicos.

Se constituye como un derecho prioritario de primera generación que el Estado está en la obligación de garantizar y proteger, pues las garantías, derechos y principios que son parte de su contenido constituyen verdaderos y eficaces mecanismos de protección para la persona en todos los procedimientos administrativos o jurisdiccionales en los cuales se esté resolviendo acerca de sus derechos o pretensiones.

Por su parte, el autor Luis Cueva Carrión respecto del debido proceso, aporta la siguiente definición:

> La debida causa es un inicio jurídico procesal, al cual todo individuo tiene derecho a ciertas garantías, de asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a tener una conformidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez (Cueva, 2007, pág. 61).

De acuerdo a lo señalado por el autor, se comprende como el debido proceso constituye, a la vez, un derecho y un principio procesal, a través de cual, se busca tutelar las garantías mínimas requeridas para que un proceso judicial u administrativo, asegure un resultado justo para todas las personas, de modo que las personas puedan ser escuchadas en igualdad de condiciones y utilizando todos los mecanismos jurídicos de protección que la Constitución de la República y la ley les facultan para cada caso.

Por su parte, el autor Alfonso Zambrano Pasquel, ya en el contexto del proceso penal, apunta la siguiente definición:

> De esta manera al hablar del proceso corresponde, a las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las legislaciones que rigen el ordenamiento legal del Ecuador, y en las alianzas, convenios que han sido confirmados y, que es el resultado forman parte del procedimiento interna del país (Zambrano, 2005, pág. 48).

Conforme a lo explicado por el autor, se comprende como el debido proceso constituye un derecho fundamental de las personas, y por lo tanto, es una obligación para todo Estado el poder aplicarlo y garantizarlo de la mejor manera, por lo que todos las normas constitucionales y legales deben estar orientados hacia una armonización con los derechos, principios y garantías que forman el debido proceso, de modo que no lo contradigan; pero además, la función jurisdiccional del Estado, y en general, toda autoridad que pueda decidir sobre los derechos y las pretensiones de las personas está en la obligación de garantizar el cumplimiento efectivo del debido proceso.

De todas las garantías que integran a este complejo derecho, debe hacerse énfasis en la presunción de inocencia, la misma que es definida por la autora Esperanza Sandoval Pérez de la siguiente manera:

> En relación a la definición de presunción de simplicidad, que es un derecho a no ser condenado sin tentativas de cargo legalmente válidas. Para otros, es una presunción *iuris tantum* que puede adulterar con mínima actividad probatoria, derivada con todas las garantías judiciales, que puede concebir de cargo, y de la cual pueda derivar la infracción del individuo (Sandoval, 2010, pág. 458).

En este criterio se observa que la presunción de inocencia tiene dos dimensiones, y ambas están relacionadas con la actividad probatoria; pues un primer aspecto de este principio implica el derecho que tiene una persona a que no se la pueda condenar de no existir las pruebas que demuestren tal culpabilidad, y que las mismas cumplan con el principio de legalidad que dispone la Constitución, es decir, que no sean obtenidas de manera ilegítima.

La segunda dimensión de este principio implica que en todo procedimiento penal, se construye una presunción *iuris tantum*, es decir, de aquellas que admiten prueba en contrario, mediante la cual, se parte de la premisa de que toda persona es inocente, y por lo tanto, solo mediante la actividad probatoria realizada en un proceso judicial legítimo se puede destruir tal presunción y responsabilizar penalmente a una persona por el cometimiento de un delito.

En este mismo sentido, Luigi Ferrajoli, explica que la presunción de inocencia implica dos obligaciones muy importantes para el Estado:

> De esta manera consiste en presentar un medida que tenga como consecuencia la limitación de la presunción de ingenuidad, y la segunda consiste en evitar cualquier declaración de infracción antes del dictamen; incluso, una vez declarada la inocencia, se ha considerado que la expresión de sospecha de culpa debe impedir (Ferrajoli, 1995, pág. 156).

Como se observa, el deber de garantizar la presunción de inocencia no solo se agota en el aspecto procesal, en el sentido de que se requiere que en el proceso penal se destruya el estado de inocencia de una persona con base en la aportación de pruebas válidas; sino que además, el Estado tiene la obligación de garantizar

que no realizará ninguna acción que pudiera afectar o restringir el principio de inocencia, lo que lógicamente implica también el aspecto normativo, de modo que el Estado no debería promulgar o reformar leyes, de tal manera que las mismas pudieran restringir este importante derecho.

3.5. Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia

En lo que se refiere a la inversión a la carga y la presunción de inocencia, existe sin duda una relación estricta, pues como ya se ha mencionado, la presunción de inocencia en sus dos dimensiones se relaciona con la actividad probatoria; y en este sentido, es mucho más evidente el criterio expuesto por la autora Ana Aguilar, quien explica que:

> El contenido del principio indica dos significados concretos. Primero, como regla probatoria con dos dimensiones, como regla que impone la carga de la prueba a quien acusa (Ministerio Público) y como principio *in dubio pro reo*, y segundo, como derecho fundamental de toda persona sujeta a juicio (Aguilar, 2013, pág. 14).

Claramente se observa como el contenido de la presunción de inocencia implica que la carga de la prueba, en materia penal, le corresponderá siempre a quien represente a la función pública, es decir, al Ministerio Público o la Fiscalía General del Estado, quien, mediante el ejercicio de la actividad probatoria, deberá demostrar la existencia de la materialidad del delito y la responsabilidad penal del procesado en el cometimiento del mismo.

De esta perspectiva, resultaría inconcebible pensarse que se pueda revertir la carga de la prueba en un procedimiento penal, ya que esto iría en contra de la presunción de inocencia, y por lo tanto, afectaría al derecho fundamental del debido proceso, lo cual está prohibido por la Constitución de la República.

Sin embargo, ya en lo que se refiere concretamente al caso de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento privado no justificado, puede encontrarse criterios doctrinarios tanta a favor como en contra de que se pueda aplicar esta inversión de

la carga de la prueba, y también existe distinta jurisprudencia constitucional al respecto.

Estas mismas contradicciones se encuentran en la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, que en principio determinó la imposibilidad de que se pudiera revertir la carga de la prueba en materia penal y posteriormente dispuso lo contrario. Esto se evidenció cuando la Corte Constitucional declaró como inconstitucional la parte final del artículo 569 del derogado Código Penal, vigente hasta el año 2014, mismo que disponía lo siguiente:

> Dentro del artículo 569.- Se determina que la reclusión menor ordinaria va desde tres a seis años y, multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de América de acuerdo al (Código Penal, 1971).

Conforme a lo dispuesto dentro de la norma, se observa como este artículo tipificaba el delito de ocultación de cosas robadas, disponiendo que debía sancionarse a la persona que oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia de bienes robados, hurtados o aquellos que su procedencia legal no pudiere probarse. La Corte inconstitucional, en la Sentencia N.° 029-10-SCN-CC, declaró inconstitucional el texto subrayado bajo el siguiente análisis:

> El principio *Omus Probando* conlleva a que sea el Estado sobre el que recaiga la carga probatoria tendiente a demostrar la existencia de la infracción y la responsabilidad penal; el acusado no tiene la obligación de probar su inocencia, dado que goza de una situación jurídica que no necesita ser construida, sino todo lo contrario, el Estado debe presentar la prueba para que la presunción de inocencia se desvanezca. En este sentido, al haber tipificado como infracción el hecho que no se pueda probar por parte del encausado la procedencia legal del bien que detenta, violenta abiertamente el principio constitucional de inocencia e invierte la carga de la prueba, considerando al imputado como culpable mientras no demuestre lo contrario, quebrantando la norma establecida en el artículo 76, numeral 2 de la Constitución de la República (Sentencia N.° 029-10-SCN-CC, 2010).

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se establece de manera clara como la carga de la prueba en el proceso penal le corresponde de manera exclusiva al Estado, de modo que es una obligación del fiscal el demostrar la existencia de la infracción y además la responsabilidad penal del procesado; esto en razón de que la Constitución de la República garantiza la presunción de inocencia de todo

persona, y siendo esta una garantía constitucional, la misma no requiere ser construida, sino que es el Estado quien está en la obligación de destruir esta presunción de inocencia con base a la aportación de pruebas que demuestren la existencia del delito y la participación del procesado.

La Corte Constitucional por lo tanto concluye que no se puede invertir la carga de la prueba en materia penal, pues no es procedente incluir un tipo penal en el cual se pretenda que sea el procesado quien construya la presunción de inocencia con base a pruebas, pues el procesado no puede perder su calidad de inocente sino hasta cuando se haya demostrado lo contrario mediante una sentencia válida, de acuerdo con lo prescrito por la Constitución de la República en su artículo 76, numeral 2.

Sin embargo, un hecho que llama la atención, es el razonamiento expresado por la Corte Constitucional en lo que se refiere de manera concreta al delito de enriquecimiento ilícito privado, en donde se presenta la misma situación del delito de ocultación de cosas robadas, es decir, se revierte la carga de la prueba; y pese a ello, no se aplica el mismo criterio, según explica el autor Javier Bustos:

> De esta manera, es que en menos de dos meses la Corte Constitucional ha transformado su enfoque e interpretación del derecho en 180 grados. Y que a discrepancia de lo que había resuelto en aquel momento, es distinto para el caso de la “adquisición privado injustificado” que al entender de la Corte por ser aprobado de “carácter popular” (Bustos, 2011, pág. s/p).

Lo señalado por el autor se refiere al Dictamen N.° 001-DCP-CC-2011, de 15 de febrero del 2011, en el cual, la Presidencia de la República envió el proyecto de enmienda de la Constitución de la República y de Consulta Popular, donde constaba precisamente la pregunta acerca de la reforma al Código Orgánico Integral Penal para incluir el delito de enriquecimiento privado no justificado, siendo aprobado por la Corte Constitucional sin considerar que este tipo penal incurría en una inversión de la carga de la prueba como en el caso de delito de ocultación de cosas robadas, lo que consecuentemente implicaba una vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la presunción de inocencia; pero en este caso, dado que se le preguntaba a la ciudadanía acerca de la tipificación de este delito, se consideró que

la aprobación por parte la voluntad popular constitucionalizaba la reversión de carga de la prueba y por lo tanto la inobservancia del principio de inocencia.

Sin embargo este criterio es en extremo muy cuestionable, pues la Constitución de la República, creada bajo el paradigma neoconstitucional, es clara al disponer que la protección de los derechos de las personas es el más alto deber del Estado, de modo que ningún poder, función, institución o funcionario público o persona privada, puede menoscabar o vulnerar un derecho constitucional, por lo tanto, ni siquiera la voluntad popular puede afectar un derecho tan elemental como el debido proceso y la presunción de inocencia.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia internacional, también se han realizado pronunciamientos respecto de la carga de la prueba en el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, como el señalado por la Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia C-319 de 1996, en el cuál, se le otorgó a este tipo penal el carácter de delito "autónomo" y se señaló que el alcance del término "justificar" o "no justificado", en cuanto a los bienes o patrimonio que se ha aumentado:

> No conduce en manera alguna a una inversión de la carga de la prueba, pues es al Estado a quien corresponde en última instancia probar el hecho típico, antijurídico y culpable, de conformidad con los medios de prueba existentes y los elementos de juicio aportados al proceso. Se reitera que la explicación que brinde el imputado en relación con el presunto incremento patrimonial injustificado corresponde a un acto propio del ejercicio del derecho de defensa, como quiera que en las instancias procesales debe permitírsele al sindicado explicar su conducta (Sentencia C-319 de 1996, 1996).

El criterio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia es distinto al señalado por su par de Ecuador, ya que este organismo considera que el hecho de que se le pida a la persona procesada por el delito de enriquecimiento ilícito privado, que justifique la licitud de su patrimonio no constituye una inversión de la carga de la prueba, sino que tal explicación constituye un acto de defensa por parte del procesado, esclareciendo que en última instancia, le corresponde al Estado probar la existencia del delito.

Sn embargo dentro de esta sentencia también se observan elementos de contradicción, siendo el primero que desde esta perspectiva, en el delito de enriquecimiento ilícito privado, la defensa del procesado no se constituye como una facultad, sino por lo contrario es una obligación, pues de lo contrario se generaría una presunción de ilicitud de su patrimonio. Asimismo, existe una contradicción en cuanto a la misma carga de la prueba, pues se señala que es el Estado en última instancia quien debe probar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, pero esta obligación no es de última instancia, ya que conforme a la garantía de la presunción de inocencia es un deber del Estado probar la existencia de delito para que se desvirtúe la inocencia de la persona, de modo que es una obligación principal del Estado probar el delito y no una obligación subsidiaria que debe realizar al Fiscalía ante la falta de justificación del patrimonio de una persona.

Por esta razón, el tratadista Pedro Camargo, siguiendo las ideas de las conclusiones del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal, de Budapest en 1999 señala que “La presunción de inocencia constituye un elemento integrante del Estado de Derecho” y que la carga de la prueba siempre recae en la parte acusadora, por lo que “toda presunción de culpabilidad que no pueda ser objeto de prueba en contrario se encuentra formalmente prohibida”; y en visita de este criterio, considera que la inversión de la carga de la prueba por parte de la Fiscalía en los procesos penales de justicia en contra de los procesados por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares constituye “una flagrante violación constitucional y fundamental a la presunción de inocencia” que está amparada constitucionalmente y también dentro del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Camargo, 2002, pág. 140); un criterio que resulta muy claro y acertado también para el caso ecuatoriano.

CONCLUSIONES

Con el desarrollo de la presente investigación se ha llegado a las siguientes conclusiones:

Los antecedentes normativos de la tipificación del delito enriquecimiento privado no justificado se hallan en el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, pues varias las legislaciones como la colombiana, la argentina y la costarricenses impusieron un periodo de tiempo, posterior a cuando la persona terminaba sus labores como funcionario público, en el cual se podría sancionar un incremento de injustificado de su patrimonio, pese a que en ese momento ya eran personas particulares, aunque en este caso se sancionaba el incremento patrimonial injustificado, producido a consecuencia del desempeño de una función pública anterior. Sin embargo, el antecedente más importante de este delito se encuentra en la legislación penal colombiana, en donde se tipificó el delito de enriquecimiento ilícito privado, mismo que tuvo como finalidad sancionar a aquellas personas particulares que obtenían incrementos en sus patrimonios producto de su participación en actividades ilícitas, como el narcotráfico, la guerrilla, la corrupción, la delincuencia organizada, entre otros.

En la legislación ecuatoriana se tipifica al delito de enriquecimiento privado no justificado de manera distinta a lo previsto en otras legislaciones, pues si bien es cierto se trata de un delito en el cual el infractor puede ser una persona particular que no haya ejercido una función pública con anterioridad, no se exige que el incremento patrimonial injustificado tenga alguna relación con el cometimiento de otros delitos o actividades ilícitas, sino que la gran diferencia, está en la misma motivación que tuvo el legislador para tipificar este delito que es de carácter económico, de manera que lo que se busca es mejorar la administración económica y tributaria a través de la coerción penal, sancionando un conjunto de conductas que se consideran perjudiciales para los intereses patrimoniales del Estado, sobre todo aquellas que se originan en prácticas como la evicción y elusión tributarias, pero además las derivadas de las operaciones en paraísos fiscales, muchos de los cuales pueden tener una relación directa con fenómenos como el narcotráfico así

como también con los actos de corrupción. El origen concreto de este delito está en la pregunta de la consulta popular y referéndum que se realizó en 2011, que consultó a la ciudadanía acerca de la tipificación de este delito dentro del Código Orgánico Integral Penal.

La acción típica del delito de enriquecimiento ilícito privado resulta compleja, pues no constituye una acción simple como matar, robar, hurtar, etc., sino que se trata de una conducta amplia, siendo esta la de incrementar el patrimonio, pero esta acción deberá cumplir además con el requisito, de que no debe estar justificada. De esta manera, se considera que el enriquecimiento ilícito privado vulnera un bien jurídico supraindividual y es pluriofensivo, al afectar de manera económica al Estado y por ende a la sociedad en conjunto. Además, el delito de enriquecimiento privado no justificado es una acción antijurídica en sí misma, por lo que ninguna de las causas de exclusión de la antijuridicidad dispuestas en el Código Orgánico Integral Penal (el estado de necesidad y la legítima defensa) podría ser aplicable. En lo que se refiere a la culpabilidad se requiere que la conducta del tipo penal se haya cometido por una persona que sea imputable, es decir, que sea mayor de edad y que no padezca enfermedad metal para poderla considerar como culpable, no siendo un delito en el cual se pueda aplicar la causa de exclusión de culpabilidad por intoxicación.

Actualmente, se han realizado serios cuestionamientos de la naturaleza jurídica del delito enriquecimiento privado no justificado, que es concebido como un delito subsidiario, en el sentido de que el mismo fue creado por el legislador con la intención de cubrir vacíos jurídicos, es decir, algunos espacios o ámbitos desprovistos de regulación en el campo penal, pues este delito viene a aplicarse en los casos en los cuales no se ha podido encasillar el incremento injustificado de un patrimonio dentro del cometimiento de un delito. Por esta razón, el delito de enriquecimiento ilícito privado, de alguna manera, carece de una acción típica delimitada, pues se fundamenta en una acción muy amplia y generalmente lícita, que es aumentar el patrimonio o enriquecerse, de modo que lo que requiere probarse es la ilicitud o injustificación de ese incremento patrimonial. De este modo,

se puede considerar que la tipificación de este delito no surge de un estudio dogmático jurídico ni de una apreciación técnica, sino más bien tiene un origen hasta cierto punto de vista populista, pues ante las deficiencias de las instituciones de investigación criminal por demostrar la existencia de otros delitos, cuando se detecta que se ha incrementado el patrimonio de una persona injustificadamente, se optó por incorporar este nuevo tipo penal subsidiario que permitía aplicar una sanción penal sin mayor esfuerzo, en el sentido de que es la persona procesada quien debía justificar la licitud de ese incremento patrimonial y no el deber del fiscal el demostrar la ilicitud del mismo.

En la legislación ecuatoriana, las consecuencias de la incorporación del delito de enriquecimiento privado no justificado fueron diversas críticas de catedráticos y doctrinarios que consideraron esta incorporación como una manifestación del populismo del gobierno de turno; además de una preocupación debido a que se consideraba que existía una afectación del derecho al debido proceso, concretamente en las garantías de la presunción de inocencia y la garantía de que nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo.

En el delito de enriquecimiento privado no justificado no se aplica el principio general de carga de la prueba, que implica que le corresponde al fiscal, que está en representación del Estado, la obligación de obtener lo elementos de convicción necesarios y suficientes para poder demostrar la existencia material de del delito y el nexo causal que demuestre la participación del presunto infractor, sino que se produce lo que se denomina como inversión de la carga de la prueba, que se refiere al hecho en el cual, no le correspondería al fiscal demostrar la existencia del delito, sino que sería la defensa la que debería demostrar la inocencia de la persona procesada, pues en este caso, en el proceso penal se partiría de una presunción de que se cometió el delito y que existe responsabilidad del procesado en su cometimiento, situación que es cuestionada en virtud de que vulnera la presunción de inocencia

De acuerdo con criterios doctrinarios, la inversión la carga de la prueba en los procesos por delito de enriquecimiento ilícito privado constituye una franca y frontal

vulneración del debido proceso, concretamente en la garantía de la presunción de inocencia, pues se revierte y se distorsiona a la misma, ya que el Código Orgánico Integral Penal, al establecer que es el imputado quien debe justificar la licitud de su patrimonio implicaría que se parte de una presunción de responsabilidad penal de cometimiento del delito, que la persona procesada está en la obligación de revertir, demostrando su inocencia, nada más lejos de lo dispuesto dentro de la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos, donde se garantiza el derecho a que toda persona sea considerada inocente hasta que se demuestre lo contario mediante una sentencia emitida legalmente.

La presunción de inocencia no solo se agota en el aspecto procesal, en el sentido de que se requiere que en el proceso penal se destruya el estado de inocencia de una persona con base en la aportación de pruebas válidas para que se considera culpable, sino que además, el Estado tiene la obligación de garantizar que no realizará ninguna acción que pudiera afectar o restringir el principio de inocencia, lo que lógicamente implica también el aspecto normativo, de modo que el Estado no debe promulgar o reformar leyes, de tal manera que las mismas pudieran restringir este importante derecho.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana se establece de manera clara como la carga de la prueba en el proceso penal le corresponde de manera exclusiva al Estado, de modo que es una obligación del fiscal el demostrar la existencia de la infracción y además la responsabilidad penal del procesado; esto en razón de que la Constitución de la República garantiza la presunción de inocencia de todo persona, y siendo esta una garantía constitucional, la misma no requiere ser construida, sino que es el Estado quien está en la obligación de destruir esta presunción de inocencia con base a la aportación de pruebas; pero en el caso del delito de enriquecimiento privado no justificado la opinión de la Corte Constitucional es distinta, en supuesta razón de que el origen de este delito se dio mediante la consulta popular del año 2011, de modo que la aprobación por parte la voluntad popular constitucionalizó la reversión de carga de la prueba y por lo tanto la inobservancia del principio de inocencia en este caso, criterio que es muy

cuestionable, pues la Constitución de la República dispone que la protección de los derechos de las personas es el más alto deber del Estado, de modo que ningún poder, función, institución o funcionario público o persona privada, puede menoscabar o vulnerar un derecho constitucional, por lo tanto, ni siquiera la voluntad popular puede afectar un derecho tan elemental como el debido proceso y la presunción de inocencia.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a la Asamblea Nacional del Ecuador a que analice una reforma al artículo 297 del Código Orgánico Integral Penal, de modo que en la misma se corrija la redacción del artículo, de tal manera que no se invierta la carga de la prueba del procedimiento penal en estos casos, ya que esto claramente provocaría una vulneración del derecho al debido proceso, concretamente en la garantía de la presunción de inocencia que se halla prevista dentro de la Constitución de la República así como de otros importantes instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se recomienda a la Corte Constitucional del Ecuador a que revise la constitucionalidad del artículo 297 del Código Orgánico Integral Penal, ya que claramente se puede observar que existe una vulneración de la carga de la prueba en materia penal, pues se le obliga a la persona procesada por el delito de enriquecimiento privado no justificado a que pruebe la licitud del incremento patrimonial, de modo que este caso se partiría de una presunción de culpabilidad, lo que claramente va en contra del derecho al debido proceso, concretamente en la garantía de la presunción de inocencia prevista dentro del artículo 76, numeral 2 de la Constitución ecuatoriana, de modo que este delito, tal y como se encuentra en la actualidad tipificado dentro del artículo 297 del Código Orgánico Integral Penal, sería inconstitucional.

Se recomienda asimismo a la Corte Constitucional del Ecuador, que unifique el criterio de sus pronunciamientos jurisprudenciales, pues como se evidencia en este caso, existió un pronunciamiento previo de este organismo acerca de la imposibilidad de que se revierta la carga de la prueba en materia penal, debido a que esta situación provocaría una franca vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la presunción de inocencia; sin embargo, con posterioridad, frente a un caso exactamente igual, la Corte Constitucional cambió radicalmente de criterio fallando de una manera distinta a la realizada anteriormente, lo cual hace pensar

que este organismo no goza de autonomía, sino que ha tenido presiones políticas de los poderes del Estado que podrían distorsionar el cumplimiento de su deber, algo impensable en un paradigma constitucional en el cual la protección de los derechos de las personas resulta prioritario. Esta unificación de los criterios debería realizarse a través de un nuevo pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba en materia penal, o más concretamente a través de una consulta de constitucionalidad de la norma en concreta, es decir, del artículo 297 del Código Orgánico Integral Penal.

BIBLIOGRAFIA

Agudelo, M. (2005). El Debido Proceso. *Opinión Jurídica*, 89-105.

Aguilar, A. (2013). *Presunción de Inocencia.* México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México.

Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal.* Quito: Corporación de Estudios Publicaciones.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Aviles, A. (2013). Enriquecimiento Ilícito. *Educación*, 6.

Bacigalupo, E. (2006). *Manual de derecho Penal.* Bogotá: Temis.

Bacigalupo, E. (2006). *Manual de Derecho Penal.* Bogotá: Temis.

Balmaceda, G., & Fajardo, J. (2016). *El delito de estafa.* Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Bárcenas, E. (2003). *El enriquecimiento ilícito.* Bogotá: Learning multimedia.

Bodero, E. (2002). La carga de la prueba en el proceso penal ecuatoriano. *Revista Jurídica*, 205-241.

Bustos, J. (22 de Febrero de 2011). *El fin de la declaración patrimonial con la consulta popular*. Obtenido de Derecho Ecuador: https://www.derechoecuador.com/el-fin-de-la-declaracion-patrimonial-con-la-consulta-popular

Caetano, G. (2019). A Evolução Histórica da Criminologia e a Acepção Moderna de Crime. *Dereito Penal*, 22.

Camargo, P. (2002). *El Debido Proceso.* Bogotá: Leyer.

Carrara, F. (1986). *Programa de Derecho Criminal.* Bogotá: Temis.

Chamorro, B. (2011). *Delito de enriquecimiento ilícito.* Perú.

Código Orgánico Integral Penal . (2014). *Órgano del Gobierno del Ecuador.* Quito: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec080es.pdf.

COIP. (10 de febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf.

Congreso Nacional. (1971). *Código Penal.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO.* Quito: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

Cornejo, J. (4 de mayo de 2016). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Análisis Jurídico de la Antijuridicidad: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derecho penal/2016/04/28/analisis-juridico-de-la-antijuridicidad

Cueva, L. (2007). *El debido proceso: teoría, práctica y jurisprudencia.* Quito: Ediciones Cueva Carrión.

da Silva, E. M. (2018). *Teorias Criminológicas sobre o Problema do Crime.* Estado de Goiás: Armed.

Dellepiane, A. (2011). *Nueva Teoría de la Prueba.* Bogotá: Temis.

Devis, H. (2015). *Teoría General de la Prueba Judicial.* Bogotá: Temis.

Diario El Universo. (16 de febrero de 2011). Preguntas de la Consulta y del Referéndum con sus anexos. *Diario El Universo*. Obtenido de https://www.eluniverso.com/2011/02/16/1/1355/preguntas-consulta-referendum-sus-anexos.html

Dinitz, S. (2018). *Economic crime.* Italian: Pubmed.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal.* Madrid: Trotta.

González, F. (1996). *El Código Penal Comentado.* México D.F.: Porrúa.

González, M. (2013). *El Enriquecimiento Ilícito según la Legislación Penal Ecuatoriana.* Quito: Universidad Central del Ecuador.

Herrera, E. (2012). Inversión de la carga de la prueba en Materia Penal. *Derecho & Sociedad*, 61-69.

Lete Del Rio, J. (2015). *Derecho de obligaciones.* Madrid: Nerce.

López, J. (2001). *Instituciones de derecho procesal penal.* Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Lozano, D. (2019). *LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA INVERSIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO.* Guayaquil: Universidad de Guayaquil.

Lozano, D., & Parra, R. (2019). *LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA INVERSIÓN DE CARGA DE LA PRUEBA EN LOS DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.* Guayaquil: Universidad de Guayaquil.

Luna, Á. (2003). Regulación de la carga de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Inderet Revista para el Análisis del Derecho,*, 1-27.

Machado, L. A. (2017). *Direito Criminal: Parte Geral.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Masson, C. (2019). *Direito Penal esquematizado.* São Paulo: Editora Método.

Midón, M. (2007). *Derecho probatorio: Parte general.* Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Mirabete, J. F. (2017). *Manual de Direito Penal: Parte Geral. Volume 1.* São Paulo: Editora Atlas S.A.

Muñoz, F. (1999). *Teoría General del Delito.* Bogotá-Colombia: Universidad de Sevilla.

Muñoz, F. (2013). *Teoría General del Delito.* Bogotá: Temis.

Muzila, L., & Morales, M. (2012). *Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption.* Washington DC: UNODC.

Organización de los Estados Americanos. (2014). *Tratados multilaterales.* Pacto San José.

Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.* Guatemala: Datascan.

Parra, J. (2004). *Manual de Derecho Probatorio.* Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Pérez, J. (2012). El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva. *Derecho y Cambio Social*, 1-17.

Plascencia, R. (2004). *Teoría del Delito.* México D.F.: Universidad Nacional Autónoma De México.

Raigoza, B. (2014). *ANÁLISIS DEL TIPO PENAL ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO.* Cuenca: Universidad de Cuenca.

Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Editora Jurídica Grijley.

Roxin, C. (2010). *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: Editores del Puerto.

Ruíz, M. (2017). *TIPIFICACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO EN EL C”DIGO ORG£NICO INTEGRAL PENAL, A LA LUZ DEL POPULISMO PENAL.* Quito: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CAT”LICA DEL ECUADOR.

Salazar, M. (2016). *REFORMA DEL ARTÍCULO 297 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL RESPECTO A LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO*

CONSTITUCIONAL DE INOCENCIA EN EL DELITO DE INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO. Santo Domingo: Universidad Regional Autónoma de los Andes .

San Martín, C. (2002). *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos sustantivos y procesales.* Lima: Jurista Editores .

Sandoval, E. (2010). Presunción de Inocencia. Principio rector del constitucionalismo y su repercusión en el procedimiento oral sumario, previsto en el Código Penal para el Estado de Veracruz. En C. Astudilo, & M. Casarín, *Derecho Constitucional Estatal* (págs. 453-472). México D.F.: Instituto de Investigaciones Juridicas UNAM.

SENPLADES. (2013). *Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017.* Quito: SENPLADES.

Sentencia C-316 de 1996., Sentencia C-316/96 (Corte Constitucional de Colombia 1996).

Sentencia C-319 de 1996, C-319/96 (Corte Constitucional de Colombia 1996).

Sentencia N.° 029-10-SCN-CC, CASOS ACUMULADOS: 0059-10-CN, 0060-10-CN,0067-10-CN, 0068-10-CN, 0071-10-CN, 0073-10-CN y 0074-10-CN (Corte Constitucional 18 de Noviembre de 2010).

Tapia, E. (2018). *El enriquecimiento ilícito no justificado y su judicialización a través del Procedimiento abreviado.* Quito: Universidad Central del Ecuador.

Tapia, E. F. (2018). *El enriquecimiento ilícito no justificado y su judicialización a través del Procedimiento abreviado.* Quito: Universidad Central del Ecuador.

Walters, J. (2003). *Pruebas Judiciales.* Medellín: Ediciones Juídicas Gustavo Ibáñez.

Zaffaroni, E. (2008). *Tratado de Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: EDIAR.

Zambrano, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales.* Guayaquil: Editorial de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Zambrano, A. (2009). *La prueba Ilícita en el Proceso Penal. Estudio Doctrinario y jurisprudencial.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, .

Zambrano, A. (2014). *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal.* Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Zambrano, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Zavala, J. (2005). *Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo I.* Quito: Cámara ecuatoriana del libro.