

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA**

**LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE  
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

**MARÍA JOSÉ MONTENEGRO OLMEDO**

**DIRECTOR: DR. EDUARDO XAVIER LEÓN MICHELI**

**QUITO, 2020**

## **DEDICATORIA**

*A mi familia, la razón de ser de mi vida, mi principal apoyo, mi mayor fuerza, a quienes  
debo todo lo que soy, he sido y seré.*

## AGRADECIMIENTO

*A mi familia, principalmente a mis padres, quienes son mi guía y el mayor ejemplo de dedicación y éxito que tengo, infinitas gracias.*

*A la facultad de jurisprudencia que me ha brindado los conocimientos necesarios durante la carrera para próximamente ejercer la profesión, por lo que agradezco profundamente a mis profesores, grandes catedráticos.*

*Agradezco a mi director de Tesis, la razón por la que me apasiona Derecho Penal y quien hizo posible la presente disertación.*

*Quien fue mi mayor lector y editor constante, SVD.*

*A las personas extraordinarias que conocí en las aulas universitarias a quienes tengo la suerte de llamar amigos.*

## RESUMEN

El delito de enriquecimiento ilícito es un tipo penal adoptado por primera vez en 1985, que actualmente está previsto incluso en instrumentos internacionales. Muchos países han adoptado este tipo penal para enfrentar la corrupción. Por la forma en la que está redactado el tipo penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se entiende que se invierte la carga probatoria pues exige al presunto sujeto activo calificado demostrar el origen del incremento patrimonial. Lo particular de esta conducta delictiva es que puede ser juzgada en ausencia del procesado, y que la acción, el ejercicio de la acción y la pena son imprescriptibles; además, existe a nivel constitucional la presunción de enriquecimiento ilícito que podría entenderse como contraria a la presunción de inocencia.

Invertir la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito es necesario, en ciertos casos, y no vulnera derechos constitucionales, sin embargo, la posibilidad de otorgarle a otro sujeto procesal la carga de la prueba debe estar normada dentro del Código Integral Penal.

## **ABSTRACT**

The crime of illicit enrichment was issued in Ecuador in 1985. In many countries this crime was adopted as a tool to fight against corruption. The way that this law was written is ambiguous because it could be interpreted as an inversion of the burden of proof. This regulation demands that the accused give proof of their innocence with evidence of where the money comes from. In Ecuadorian legislation the illicit enrichment could be judged without the presence of the accused. This crime and its penalty are imprescriptible. Furthermore, we have a constitutional presumption of illicit enrichment that could affect human rights, especially the presumption of innocence.

However, in some cases it is necessary to invert the burden of proof in this crime and it does not violate rights but this possibility must be regulated by the law.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>3</b>
<b>EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.....</b>	<b>3</b>
1.1 ANÁLISIS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO .....	3
1.1.1. FUNDAMENTOS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO .....	5
1.1.2 ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.....	8
1.1.1.2 SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.....	8
1.1.1.3. VERBO RECTOR.....	15
1.1.1.4. OBJETO JURÍDICO O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	16
1.1.1.5 OBJETO MATERIAL .....	17
1.1.1.6 ELEMENTO SUBJETIVO .....	17
1.1.1.7 ELEMENTO OBJETIVO .....	18
1.2 DIFERENCIA ENTRE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO .....	19
1.3 ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO .....	20
1.3.1 EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL (SUPLEMENTO 147 DEL REGISTRO OFICIAL 22 DE ENERO DE 1971).....	20
1.3.2 EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (SUPLEMENTO 180, 10 DE FEBRERO DE 2014).....	21

1.4. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	23
1.4.1 NECESIDAD DEL INFORME DE RESPONSABILIDAD PENAL	23
1.4.2 ELIMINACIÓN DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD	24
1.5 JUZGAMIENTO EN AUSENCIA E IMPRESCRIPTIBILIDAD	27
1.5.1 JUZGAMIENTO EN AUSENCIA	27
1.5.2 IMPRESCRIPTIBILIDAD	28
1.6 PRESUNCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	30
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>34</b>
<b>LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA</b>	<b>34</b>
2.1.- CARGA DE LA PRUEBA	34
2.1.1 CONCEPTO Y CLASES DE CARGA	34
2.1.2 LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.	36
2.3 INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	40
2.4 CASOS EN LOS QUE DE CONFORMIDAD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA.	41
2.5 DERECHOS QUE PUEDEN VULNERARSE AL INVERTIRSE LA CARGA DE LA PRUEBA.	49
2.5.1 DEBIDO PROCESO	49
2.5.2 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	51
2.5.3 DERECHO A LA IGUALDAD	54
<b>CAPÍTULO III</b>	<b>56</b>
<b>LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO</b>	<b>56</b>
3.1 LA PRUEBA	56

3.1.1 CONCEPTO E IMPORTANCIA.....	56
3.1.2 PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA .....	58
3.2 MEDIOS PROBATORIOS .....	66
3.3 VALORACIÓN DE LA PRUEBA .....	75
3.4 MEDIOS PARA PROBAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.....	78
3.5 LOS ELEMENTOS PROBATORIOS Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN ECUADOR. ...	82
3.6 POSIBLES CAMBIOS NORMATIVOS AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. ....	89
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>91</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>92</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>94</b>

## INTRODUCCIÓN

El delito de enriquecimiento ilícito exige al imputado demostrar la licitud de los fondos que han incrementado injustificadamente su patrimonio, es por este hecho que, la carga de la prueba, es invertida y ella le corresponde al procesado; además a nivel constitucional se prevé la presunción de enriquecimiento ilícito. Estas dos características del tipo pueden vulnerar el principio de presunción de inocencia, el derecho de igualdad y el debido proceso, así como las garantías y derechos fundamentales, con la particularidad de que este delito puede ser juzgado en ausencia del procesado y la acción, el ejercicio de la acción penal y la pena son imprescriptibles.

La inversión de la carga de la prueba y la presunción de enriquecimiento ilícito son mecanismos que facilitan a Fiscalía la determinación de este delito tanto en la fase pre procesal como procesal. Como consecuencia de esto, ha surgido la siguiente inquietud: ¿es la inversión de la carga probatoria el único mecanismo que emplea el órgano de acusación para probar el enriquecimiento ilícito? De ser positiva la respuesta claramente sería contraria a Derecho, axiomas penales y lesionaría derechos constitucionales. Por las razones antes expuestas es necesario realizar una investigación sobre este tema.

La presente disertación pertenece al dominio académico denominado Política y Derecho, para la participación social y el establecimiento de las relaciones justas; y a su vez a dos líneas de investigación: la primera inequidades, exclusiones, desigualdades y derechos humanos; y la segunda Derecho, participación, gobernanza, regímenes políticos e institucionalidad. Esto debido a que al finalizar la investigación se propondrán soluciones que permitan imputar el delito, sin menoscabar derechos constitucionales, provocando de esta forma relaciones justas entre el Derecho y las personas.

El objetivo principal es demostrar que la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito es el único medio probatorio que tiene Fiscalía para demostrar el cometimiento de este delito, esto será desarrollado a través de tres capítulos. En el primero se realizará un análisis del tipo penal de enriquecimiento ilícito y sus particularidades, en el segundo se estudiará la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito y finalmente en el tercer capítulo se identificarán los medios probatorios para demostrar el delito de enriquecimiento ilícito.

## CAPÍTULO I

### EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

#### 1.1 ANÁLISIS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Para iniciar esta investigación, es necesario precisar el significado del delito de enriquecimiento ilícito. De acuerdo con Muñoz Conde (2015) [...] “el enriquecimiento debe comprenderse en un sentido amplio, como beneficio patrimonial ilícito para el autor del delito o para un tercero, con consecuencia del perjuicio que se produce en el patrimonio lesionado por la acción delictiva.” (p.356)

Lete del Río (2015) también ha definido a esta infracción penal de la siguiente forma:

Se denomina enriquecimiento ilícito cuando una persona se beneficia o enriquece a costa de otra, sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial. Por consiguiente, al no estar justificada la atribución patrimonial, dejando a la sociedad en un estado empobrecido o perjudicado para que reclame la restitución (p. 24)

De las dos definiciones, se puede rescatar como elementos esenciales del delito de enriquecimiento ilícito: la obtención de un beneficio patrimonial de una persona (generalmente funcionario público) en detrimento del patrimonio de otra (Estado), sin que este incremento pueda ser justificado por ningún medio.

Esta conducta delictiva fue incorporada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de la promulgación del artículo 2 de la Ley No. 6, denominada Reformas al Código Penal y a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, emitida por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial, suplemento 260, el 29 de agosto de 1985.

Desde su promulgación, el texto del tipo ha sido reformado varias veces. Actualmente se encuentra previsto en el artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento 180 del Registro Oficial el 10 de febrero de 2014.

A nivel internacional, Ecuador ha suscrito y ratificado instrumentos internacionales, los cuales son vinculantes tanto nacional como internacionalmente; en cuanto a la legislación interna, según el artículo 425 de la norma constitucional, los instrumentos internacionales se encuentran en el segundo orden jerárquico de aplicación, después de la Constitución; mientras que a nivel internacional constituyen *hard law*. Estos instrumentos son: la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos. La primera fue promulgada el 31 de octubre de 2003, adoptada por medio de la resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el artículo 20 prevé lo siguiente:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.(CNU, 2003, art. 20)

Mientras que la segunda fue celebrada el 29 de marzo de 1996 en Asamblea General de la Organización de Estado Americanos OEA. El artículo 19 de esta normativa internacional dispone que:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan. (CICOEA, 1996, art. 19)

Además, es importante mencionar que, desde la Constitución Política de 1998, este delito es imprescriptible, puede ser juzgado en ausencia del procesado y establece la presunción de enriquecimiento ilícito, lo cual fue adoptado por la actual Constitución de la República de 2008.

Una vez que se ha expuesto brevemente el delito y sus antecedentes, corresponde analizar los elementos del tipo penal, que son: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, objeto jurídico, objeto material, elemento subjetivo y elemento objetivo; previsto en el artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal, el cual expresa lo siguiente:

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

Asimismo, en esta investigación se estudiará: el delito de enriquecimiento ilícito en el Código Penal derogado y en el Código Orgánico Integral Penal, el juzgamiento en ausencia del procesado, la imprescriptibilidad y finalmente la presunción de enriquecimiento ilícito.

### **1.1.1. FUNDAMENTOS DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

Para comprender la necesidad de este delito, es necesario empezar con el concepto de Estado, según Trujillo (2006) se ha entendido la concepción del Estado como “una comunidad de personas, asentada en un espacio físico claro y totalmente delimitado, intrínsecamente dotada de poder suficiente para organizarse y organizar la vida de todos sus elementos, proveerse de los medios necesarios para subsistir con independencia de todo poder extraído.” (p. 53)

Bajo este concepto, el Ecuador es un Estado, sin embargo, para conocer el modelo de Estado al que pertenece y cuáles son sus objetivos, es preciso remitirse a la Constitución de la República, por lo que, de acuerdo con la norma constitucional, Ecuador

es “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.” (CRE, 2008, Art.1)

En cuanto al gobierno, como uno de los elementos constitutivos del Estado, Rousseau (1999) explica que éste “constituye una comisión, un empleo, en el cual, simples funcionarios del cuerpo soberano ejercen en su nombre el poder que éste ha depositado en ellos, y el cual puede limitar, modificar y resumir cuando le plazca.” (p.53)

Tomando en consideración lo anterior, debido a que de conformidad con la norma constitucional el Estado se organiza en forma de república debería tener la estructura del Estado tradicional, el cual divide el gobierno en tres poderes, que son: ejecutivo (ejercido por un presidente como jefe de Estado y de Gobierno) legislativo y judicial, sin embargo, la norma fundamental ecuatoriana establece cinco funciones que, además de los tres poderes anteriores, incluyen a la función electoral, y de transparencia y control social.

Asimismo, en razón de que se gobierna de manera descentralizada se atribuyen funciones que por disposición normativa puedan ser delegadas a otros niveles de gobierno. Con estos antecedentes, es posible determinar la forma en la que se compone el sector público; al respecto, la Constitución de la República establece que:

Art. 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos (CRE, 2008, art.225)

Por lo que, las personas naturales que presten sus servicios lícitos y personales para cualquiera de las entidades mencionadas en los cuatro numerales del referido artículo son considerados servidores públicos. De igual forma el artículo 229 de la norma fundamental incluye en su lista de funcionarios públicos a: “todas las personas que en

cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.” (CRE, 2008, art. 229)

A través del trabajo de los funcionarios o servidores públicos el Estado puede ejercer el mandato otorgado por la sociedad para organizar la vida de ésta, por lo que deben realizar únicamente las actividades para las que fueron electos, contratados, o nombrados. Esta es la base del principio de legalidad, que manda que en Derecho público únicamente se puede realizar aquello que está expresamente permitido<sup>1</sup>. En este sentido, la Ley Orgánica del Servicio Público prevé las siguientes prohibiciones para los funcionarios públicos:

Art. 24.- Prohibiciones a las servidoras y los servidores públicos.- Prohíbese a las servidoras y los servidores públicos lo siguiente: a) Abandonar injustificadamente su trabajo; b) Ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores, excepto quienes sean autorizados para realizar sus estudios o ejercer la docencia en las universidades e instituciones politécnicas del país, siempre y cuando esto no interrumpa el cumplimiento de la totalidad de la jornada de trabajo o en los casos establecidos en la presente Ley; c) Retardar o negar en forma injustificada el oportuno despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que está obligado de acuerdo a las funciones de su cargo; d) Privilegiar en la prestación de servicios a familiares y personas recomendadas por superiores, salvo los casos de personas inmersas en grupos de atención prioritaria, debidamente justificadas; e) Ordenar la asistencia a actos públicos de respaldo político de cualquier naturaleza o utilizar, con este y otros fines, bienes del Estado; f) Abusar de la autoridad que le confiere el puesto para coartar la libertad de sufragio, asociación u otras garantías constitucionales; g) Ejercer actividades electorales, en uso de sus funciones o aprovecharse de ellas para esos fines; h) Paralizar a cualquier título los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, procesamiento, transporte y distribución de hidrocarburos y sus derivados; transportación pública, saneamiento ambiental, bomberos, correos y telecomunicaciones; i) Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos; j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente

---

<sup>1</sup> **CRE, 2008, Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés; k) Solicitar, aceptar o recibir, de cualquier manera, dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, bienes o dinero, privilegios y ventajas en razón de sus funciones, para sí, sus superiores o de sus subalternos; sin perjuicio de que estos actos constituyan delitos tales como: peculado, cohecho, concusión, extorsión o enriquecimiento ilícito; l) Percibir remuneración o ingresos complementarios, ya sea con nombramiento o contrato, sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna, conforme a la normativa de la respectiva institución; m) Negar las vacaciones injustificadamente a las servidoras y servidores públicos; [...] (LOSEP, 2010, art.24)

Las prohibiciones pretenden que los servidores públicos dediquen su tiempo y esfuerzo en servir al Estado y administrar correctamente los recursos que poseen, por lo que, deben regirse por los principios del artículo 227 de la norma jerárquicamente superior, es decir, “eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.” (CRE, 2008, art. 227)

Sobre la base de la norma constitucional, los legisladores consideraron que la eficiencia de la administración pública es un bien jurídico que debe ser protegido por el Derecho Penal, por esto, tipificaron delitos y sanciones para estos, uno de ellos es precisamente el delito de enriquecimiento ilícito.

En virtud de lo expuesto, el fundamento y la necesidad del delito de enriquecimiento ilícito es social, pues los funcionarios públicos deben servir a la sociedad y no aprovechar su cargo para obtener ingresos adicionales a los que perciben por concepto de su cargo o función, para evitar esta conducta se ha legislado este tipo penal, el cual será estudiado a continuación.

## **1.1.2 ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

### **1.1.1.2 SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO**

#### **SUJETO ACTIVO**

De conformidad con Peña González (2010) el sujeto activo: Es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica” (p. 71). Es decir, el sujeto activo es la persona que ejecuta el verbo rector y de esta manera adecua su conducta a la hipótesis contenida en el tipo penal, este sujeto puede ser calificado o no.

Existen delitos que por su naturaleza requieren de un sujeto que reúna ciertas cualidades especiales para cometerlos, a éste se le denomina: sujeto activo calificado. De acuerdo con Osorio Chacón (2015), el delito de enriquecimiento ilícito: “Se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado, porque el autor de esta modalidad de enriquecimiento ilícito es un servidor público o quien desempeñe funciones públicas sin tener formalmente dicha calidad.” (p. 125)

En virtud de lo explicado, en principio se deduce que únicamente se puede declarar la responsabilidad penal del funcionario público, sin embargo también pueden ser declarados responsables terceros que obtuvieron un beneficio patrimonial. De acuerdo con la legislación penal ecuatoriana, estos sujetos calificados son: “Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado [...]” (COIP, 2014, Art. 279); sin embargo, es imprescindible delimitar a quiénes contempla el tipo.

Araujo (2014) desglosa la norma y determina que los servidores públicos que tienen la calidad de sujetos activos son: “Los funcionarios de libre nombramiento y remoción, los designados para período fijo, los que manejen recursos o bienes públicos, los elegidos por votación popular, y se entiende los funcionarios de la Fuerza Pública” (p. 256)

Por lo que quienes laboren dentro del sector público<sup>2</sup>, están en la capacidad de cometer este delito, toda vez que ostenten funciones que les permitan manejar fondos públicos u ordenar a sus dependientes, utilizarlos, o en general aprovecharse de las funciones propias de su cargo para delinquir. La utilización del patrimonio estatal debe estar orientado a incrementar su patrimonio.

Los mencionados servidores públicos son los únicos sujetos que están en la capacidad de ejecutar esta conducta delictiva; sin embargo, no en todos los casos es el único sujeto que interviene en el delito. Al beneficiarse patrimonialmente por medio de un tercero, o beneficiar a un tercero, éste coparticipa en el delito; por ello la doctrina ha clasificado a los sujetos intervinientes en esta clase de delitos en intraneus y extraneus.

El intraneus es el sujeto activo calificado en sí mismo, es decir, en este caso el servidor público estudiado con anterioridad. Por otro lado, se denomina extraneus al tercero, que no ostenta las calidades especiales que se requieren para ser sujeto activo calificado, pero que coparticipa en el cometimiento del delito. De acuerdo con Rodríguez (2019) “Extraneus es, entonces, el sujeto activo no calificado que participa en grado de coautoría con el sujeto activo calificado y que, por disposición normativa [...], responderá en la misma calidad y gravedad que el sujeto activo calificado.” (p. 227)

El artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal prevé el beneficio y la participación de un tercero en el delito de enriquecimiento ilícito, por tanto, en nuestra legislación, en este delito en particular pueden existir tanto la figura del intraneus como la del extraneus; precisando que es estrictamente necesaria la participación del intraneus para ejecutar la conducta penal, no así la del extraneus.

En cuanto a la responsabilidad penal de la persona interpuesta a la que se refiere el tipo penal de enriquecimiento ilícito existen tres formas de determinarla, la primera

---

<sup>2</sup> CRE, 2008, Art. 225

que se le declare responsable como copartícipe (extraneus) por el delito de enriquecimiento ilícito y de acuerdo al monto del incremento se establezca la pena. La segunda opción es que se le declare responsable por el delito de testaferrismo tipificado en el artículo 289 del Código Orgánico Integral Penal que prevé lo siguiente:

La persona que consienta en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen, producto del enriquecimiento ilícito de la o el servidor o ex servidor público o producto del enriquecimiento privado no justificado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (COIP, 2014, art.289)

Finalmente, la última opción es que exista un concurso ideal, Rodríguez (2019) explica que “Hay concurso ideal de delitos cuando existe una unidad de acción que conlleva una pluralidad de delitos, es decir, aquí la acción [...] es subsumible simultáneamente en dos o más preceptos” (p.533) Este concurso se encuentra normado en el artículo 21 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que dispone “Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave.”(COIP, 2014, art. 21)

Por lo que, se entendería que existen dos conductas, la primera facilitar el incremento patrimonial de una persona, y la segunda, a través de aparentar como suyos los bienes, acciones o disminuciones de deudas, aplicándose para tal efecto la sanción del tipo más grave, es decir, del enriquecimiento ilícito.

Sin embargo, en opinión de esta tesista la segunda forma de establecer la responsabilidad es la acertada pues existe un tipo penal autónomo que establece la conducta que realiza la persona interpuesta para incrementar el patrimonio del sujeto activo del delito, por lo que debería responder por testaferrismo y no por enriquecimiento ilícito.

## **SUJETO PASIVO**

Peña Gonzales (2010) menciona que el sujeto pasivo: “Es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro.” (p. 74). De la misma manera Cerezo Mir (2008)

explica que el sujeto pasivo es: “El titular del bien jurídico lesionado o violentado, es decir, puesto en peligro o agredido. Puede serlo un individuo, un ligado de individuos, una persona jurídica, la propia sociedad, el Estado o la comunidad internacional.” (p. 64)

De las anteriores definiciones se deduce que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido que ha sido vulnerado por el sujeto activo al ejecutar la conducta, y éste, al igual que el sujeto activo, puede ser calificado o no. En el caso del delito de enriquecimiento ilícito el sujeto pasivo es el Estado, ya que, de acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal, el bien jurídico protegido por este tipo penal es la eficiencia de la Administración Pública.

Es necesario recordar que el sujeto pasivo es diferente a la víctima; mientras que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico que se ha lesionado, la víctima es la persona que directa o indirectamente se ve afectada por la conducta. Es decir, la calidad de víctima y sujeto pasivo es independiente; sin embargo, en algunos delitos pueden recaer estas dos calidades en un mismo sujeto. Los sujetos que pueden ser víctimas se encuentran previstos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, con más precisión, en el artículo 441 del Código Orgánico Integral Penal de la siguiente forma:

Artículo 441.- Víctima. - Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas: 1. Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción. 2. Quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal. 3. La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior. 4. Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. 5. La o el socio o accionista de una compañía legalmente constituida que haya sido afectada por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores. 6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción. 7. Cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos. 8. Las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo. (COIP, 2014, art.441)

En el caso particular del delito de enriquecimiento ilícito el Estado es a la vez sujeto pasivo, pues es el titular del bien jurídico protegido y víctima, de acuerdo con el numeral sexto de la norma antes referida.

Ahora bien, la víctima de conformidad con el artículo 11 del Código Orgánico Integral Penal, tiene derecho a ser informada de la investigación previa y de la etapa de instrucción, esto se debe realizar mediante una notificación acorde a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Procuraduría General del Estado:

Toda demanda o actuación para iniciar un proceso judicial, procedimiento alternativo de solución de conflictos y procedimiento administrativo de impugnación o reclamo contra organismos y entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado. De la misma manera se procederá en los casos en los que la ley exige contar con dicho funcionario. La omisión de este requisito acarreará la nulidad del proceso o procedimiento. (LPGE, 2004, art. 11)

Sin embargo, si se trata de una institución que tenga personería jurídica según el artículo 7 de la mentada ley “comparecerán por intermedio de sus representantes legales o procuradores judiciales.”(LPGE, 2004, art.7)

La notificación a la víctima es necesaria, para que ésta tenga la posibilidad de intervenir dentro del proceso penal como uno de sus sujetos procesales<sup>3</sup>, ya sea por su condición de víctima o mediante acusación particular, esto con la finalidad de que pueda reclamar su derecho a la reparación integral.

La notificación a la víctima es fundamental, sobre todo para que no se produzcan nulidades procesales, de acuerdo con el artículo 604 del Código Orgánico Integral Penal “La nulidad se declarará siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provoque indefensión” (COIP, 2014, art. 604) En cuanto a la notificación del desarrollo de un proceso, la Corte Constitucional ha establecido que:

La falta de notificación evitó que la accionante realice las actividades encaminadas a propiciar su defensa dentro del proceso, hecho que ha identificado la jurisprudencia

---

<sup>3</sup> Artículo 439.- Sujetos procesales.- Son sujetos del proceso penal: 1. La persona procesada 2. La víctima 3. La Fiscalía 4. La Defensa (COIP, 2014, art. 439)

constitucional como constitutivo de indefensión, lesivo de los derechos del debido proceso y a la defensa. (CC, 2014, 117-14-SEP-CC)

La indefensión está directamente relacionada con el derecho a la defensa, este último debe observar todos los componentes del artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República, que son:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. 55 l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (CRE, 2008, art. 76)

Al no ser notificada la víctima con el inicio de la investigación previa o la etapa de instrucción evidentemente no podrá cumplirse con el literal h del artículo en mención, por lo que sí se podrían lesionar los derechos de este sujeto procesal.

Una vez que se ha notificado a la víctima con el inicio del proceso penal, esta puede comparecer de dos formas, la primera, únicamente en su calidad de víctima, y la segunda, como acusador particular. La calidad de acusador particular se adquiere una vez que el juez la ha calificado y ésta ha sido admitida a trámite, para que esto ocurra la acusación particular debe contener:

1.El nombre, apellido, dirección domiciliaria o casillero judicial o electrónico, número de cédula de ciudadanía o identidad o número de pasaporte de la persona que la presenta. 2. El nombre y apellido o identificación que individualice a la persona procesada y si es posible, su dirección domiciliaria. 3. La justificación de encontrarse en condición de víctima. 4. La relación de los hechos, con determinación del lugar, día, mes y año en que es cometido así como de la infracción acusada. 5. La firma de la persona que acusa o de su apoderada o apoderado con poder especial. En este poder se hará constar expresamente el nombre y apellido de la persona procesada o acusada y la relación completa de la infracción que se quiere acusar. (COIP, 2014, art. 434)

Posteriormente, debe ser reconocida por la víctima y citado el procesado, para que él la conteste, desde entonces, pueden intervenir activamente en el proceso y pueden desistir o renunciar de esta. Sin embargo, existe una prohibición sobre el desistimiento cuando la víctima es el Estado, pues de conformidad con el artículo 437 del Código Orgánico Integral Penal, no podrán desistir de la acusación particular “los representantes de las instituciones del sector público.” (COIP, 2014, art. 437)

#### **1.1.1.3. VERBO RECTOR**

En palabras de Rodríguez (2019): “El verbo rector no es más que el verbo, es decir, la conducta típica (acción y omisión), indispensable para ejecutar el delito. Los verbos rectores suelen ser verbos en infinitivo.” (p.170).

Osorio Chacón (2015) refiriéndose a los dos tipos penales estudiados en su texto, el enriquecimiento ilícito y el enriquecimiento privado injustificado, expresa lo siguiente:

En las dos clases de enriquecimiento ilícito la conducta consiste en “obtener”, es decir, conseguir, adquirir, recibir algo que se desea. La descripción que se hace de la conducta es activa, por cuanto se trata de un hacer: obtener incremento patrimonial no justificado. (p.83)

Por medio del verbo rector se puede determinar que este tipo penal es de acción, ya que se requiere obtener un beneficio económico, en perjuicio del patrimonio estatal, sin embargo, si el extraneus incrementa ilícitamente su patrimonio y no lo reporta, podría cometer este delito a través de la figura de comisión por omisión. Por ejemplo, si un servidor público transfiere \$200.000 mensuales a su prima, quien es también funcionaria

pública y al principio no tiene conocimiento sobre el tema, pero que posteriormente se percata tendría el deber de denunciar.

Es necesario mencionar que de acuerdo con el artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal el incremento patrimonial, entendido como el beneficio percibido, no solo consiste en aumentar los activos, sino también en la disminución de pasivos, es decir, en la mengua de obligaciones de carácter patrimonial, de acuerdo con el artículo 1583 del Código Civil:

Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte: 1.- Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo; 2.- Por la solución o pago efectivo; 3.- Por la novación; 4.- Por la transacción; 5.- Por la remisión; 6.- Por la compensación; 7.- Por la confusión; 8.- Por la pérdida de la cosa que se debe; 9.- Por la declaración de nulidad o por la rescisión; 10.- Por el evento de la condición resolutoria; y, 11.- Por prescripción. (CC,2005, art.1583)

Por lo que, cualquiera de estas formas de extinguir las obligaciones es una conducta que ejecuta el sujeto activo para cometer el delito de enriquecimiento ilícito.

#### **1.1.1.4. OBJETO JURÍDICO O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

Peña González (2010) menciona que “El objeto jurídico del delito o bien jurídicamente protegido es el bien o interés que está protegido por el Derecho, “lo que” la norma, mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar, a cuidar, de posibles agresiones.” (p. 58)

En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, el tipo se encuentra contenido dentro de la sección tercera capítulo quinto del cuerpo normativo penal, es decir, en la parte de delitos en contra de la eficiencia de la administración pública.

La eficiencia de la administración pública debe ser entendida como la respuesta pronta de las instituciones que pertenecen al sector público hacia los ciudadanos, satisfaciendo sus requerimientos de tal forma en la que se utilice la menor cantidad de recursos, sean estos humanos o de cualquier tipo, en esta tarea.

### **1.1.1.5 OBJETO MATERIAL**

El objeto material, según lo explica Mir Puig (2016) es “ la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción” (p. 229). En este tipo penal el objeto material radica en los objetos que han sido adquiridos injustificadamente como consecuencia de su cargo o función. En este caso pueden ser tanto bienes (muebles e inmuebles) acciones, participaciones o derechos.

### **1.1.1.6 ELEMENTO SUBJETIVO**

En palabras de Rodríguez (2019) el elemento subjetivo: “se refiere a la intencionalidad de la conducta del sujeto activo; es decir, si actúa con intención o sin intención.” (p.98)

Previo a la reforma del Código Orgánico Integral Penal el dolo era conceptualizado en el artículo 26 de la siguiente forma: “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.” El 24 de diciembre de 2019 se promulgó la Ley Orgánica reformativa al Código Orgánico Integral Penal, que modificó la norma antes mencionada así: “Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.”(LORCOIP, 2019, art.26), es decir, el legislador prevé con esta nueva reforma, que quien ejecute la conducta debe tener pleno conocimiento de los elementos objetivos (normativos y descriptivos) y la voluntad de ejecutarlo, para que exista el elemento subjetivo: dolo.

Cuando el sujeto activo ejecuta el verbo rector con consciencia y voluntad de infringir un daño y lesionar el bien jurídico protegido, entonces se actúa a título de dolo. Mientras que si el sujeto activo infringe el deber objetivo de cuidado que se establece en el tipo penal, actúa a título de culpa. Es necesario recordar que la conducta punible en los delitos culposos es únicamente la que se encuentra tipificada en la legislación penal bajo esa denominación. (COIP, 2014, art. 27)

En virtud de lo antes explicado, en el caso del tipo penal objeto de este estudio el elemento subjetivo es el dolo. El dolo en el enriquecimiento ilícito se expresa a través de la actuación volitiva y cognitiva de incrementar su patrimonio a través de medios ilícitos haciendo abusando de las funciones que cumplen por su condición de funcionarios públicos.

#### **1.1.1.7 ELEMENTO OBJETIVO**

De acuerdo con Rodríguez (2019): “el elemento objetivo contiene los elementos normativos y descriptivos del tipo penal, es decir, el cómo se ejecuta un verbo rector o qué se necesita para que el tipo penal se configure.” (p.102)

Los elementos descriptivos son aquellos que explican cómo debe ser ejecutada la conducta, por ejemplo, tener relaciones sexuales en el delito de estupro, mientras que los elementos normativos de acuerdo con Cuello y Borja Mapelli (2015) “requieren siempre una valoración del intérprete sobre su concurrencia, como, por ejemplo, el honor en el delito de injurias que requiere una valoración del juez [...]” (p. 84)

Por tanto, a través de la conducta “que hayan obtenido”, el servidor público deberá incrementar el *patrimonio propio o de un tercero* (primer elemento descriptivo) *injustificadamente* (segundo elemento descriptivo) *a su nombre o mediante persona interpuesta* (tercer elemento descriptivo), *producto de su cargo o función* (cuarto elemento descriptivo), *superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general* (cuarto elemento descriptivo/normativo, ya que es preciso remitirse a la normativa pertinente para saber el valor del salario básico unificado anual determinado por las circunstancias económicas).

Además, existen otros elementos: “no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones” (COIP, 2014, art.279) elemento normativo, ya que este

párrafo nos reenvía a la normativa financiera/civil para determinar el concepto y/o la clasificación de dinero, cosas o bienes y al Código Civil para conocer el modo de extinción de obligaciones.

## **1.2 DIFERENCIA ENTRE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO**

Tanto el enriquecimiento ilícito como el privado no justificado consisten en obtener un incremento patrimonial, es decir, comparten el mismo verbo rector. Además, comparten 3 elementos descriptivos que son: que el incremento sea al patrimonio propio o de un tercero, que sea injustificado y que éste sea su nombre o mediante persona interpuesta. Asimismo, en ambos casos el sujeto pasivo sigue siendo el Estado, pero de forma distinta, pues se afectan bienes jurídicos diferentes, en el enriquecimiento ilícito se afecta la eficiencia de la administración pública, mientras que, en el enriquecimiento privado no justificado se ve afectado el denominado régimen de desarrollo dentro de los delitos contra la responsabilidad ciudadana.

Si bien en los dos tipos penales el enriquecimiento debe ser superior a los 200 salarios básicos del trabajador en general, en el delito de enriquecimiento ilícito se impone la sanción privativa de la libertad de acuerdo al monto obtenido, si es de hasta 200 salarios básico la pena es de “ tres a cinco años”, si es superior a 200 y mayor a 400 salarios básicos la pena es de “cinco a siete años” y si es superior a 400 salarios básicos la pena es de “siete a diez años.”(COIP, 2014, art.279)

En cuanto al sujeto activo como se mencionó, en el delito de enriquecimiento ilícito es calificado, por lo que en principio el verbo rector debe ser ejecutado por “Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado” (COIP, 2014, art.279); por el contrario en el delito de enriquecimiento privado no justificado no es calificado.

### **1.3 ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

El 3 de febrero de 2014 fue promulgado el Código Orgánico Integral Penal, el mismo que derogó al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal; el actual cuerpo normativo penal contiene tanto normas de carácter sustantivo como adjetivo, en los siguientes subcapítulos se tratarán únicamente las normas relativas al delito de enriquecimiento ilícito, con el objetivo de contrastarlas entre el código vigente y el Código Penal de 1971.

#### **1.3.1 EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO PENAL (SUPLEMENTO 147 DEL REGISTRO OFICIAL 22 DE ENERO DE 1971)**

Dentro del Código Penal, en lo referente al delito de enriquecimiento ilícito se establecía en el artículo 296.1 lo siguiente: “Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos.” (CP, 2014, art. 296.1)

La norma establece que los únicos sujetos activos de este delito son los servidores públicos; es decir, por disposición normativa expresa no existe extraneus, por tanto, la responsabilidad únicamente recaía en el servidor público (intraneus).

Asimismo, el artículo establece que el incremento sea injustificado y que a su vez este debe provenir de una fuente externa a sus ingresos legítimos, por tanto, ya a nivel probatorio es necesario que el sujeto activo justifique el origen de los fondos y que estos sean lícitos.

Para la sanción de este delito se establece lo siguiente: “El enriquecimiento ilícito se sancionará con una pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.” (art.296.2)

La norma no establece un monto mínimo ni máximo para el incremento patrimonial, sino que de la forma en la que se encuentra redactado, el valor no es un elemento descriptivo, no influye ni en la pena privativa de libertad ni en la sanción económica, tampoco en la reparación integral a la víctima.

Es importante observar que uno de los elementos descriptivos es que no se constituya otro delito, pues existen otros tipos penales cuyo bien jurídico protegido es la eficiencia de la administración pública como el cohecho, la concusión o peculado, pero con otras circunstancias constitutivas propias de aquellos delitos.

### **1.3.2 EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (SUPLEMENTO 180, 10 DE FEBRERO DE 2014)**

A diferencia del tipo penal del anterior Código, el actual artículo es más complejo, pues determina qué se entiende por incremento patrimonial. Establece quiénes son los sujetos activos del delito, además, la pena varía dependiendo del valor obtenido por el servidor público. Es así como el primer inciso del artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal, prevé lo siguiente:

Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.(COIP, 2014, art.279)

La norma prevé a todo servidor público, lo que hace considerar factores como la promulgación de la Constitución de la República, por la cual se incrementaron: funciones públicas (poderes del Estado) y también nuevos órganos debido a éstas. Esto conlleva a que el sujeto activo sea cualquier persona que forma parte del sector público determinado en la norma fundamental, bajo cualquier cargo, función o dignidad. De esta forma, es

necesario remitirse constantemente a la normativa legal o constitucional para identificar a los funcionarios públicos, es decir, a los sujetos activos de este delito.

Así, el sector público de acuerdo con la Constitución de la República, está compuesto por cuatro dimensiones: los organismos y dependencias de las cinco funciones estatales, es decir, de la función Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; los Gobiernos Autónomos Descentralizados, organismos creados para ejercer una potestad estatal o desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y las personas jurídicas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados con la finalidad de prestar servicios públicos. (CRE, 2008, art.235)

Asimismo, a diferencia de la anterior normativa, este código dispone por primera vez la coparticipación de un tercero; es decir, como fue mencionado en páginas anteriores, existe intraneus y extraneus dentro de este delito.

Continuando con el contenido del artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal, en el segundo inciso enuncia lo siguiente: “Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones.” (COIP, 2014, art.279)

Es importante la aclaración que realiza la norma, ya que el patrimonio no solo consiste en activos, sino también en pasivos; por ende, si se extingue una obligación se eliminan los pasivos, incrementando así el valor patrimonial del sujeto activo y de esta forma configurando el tipo.

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, se debe entender a los activos como el conjunto de bienes y derechos de valor económico, los cuales se encuentran dentro del patrimonio de una persona, mientras que los pasivos son la suma total de obligaciones de índole monetario que gravan a la persona. (RAE, 2020)

En los siguientes incisos del mencionado artículo se realiza una distinción de penas conforme al valor que se obtuvo al delinquir, es así, pues, que si se obtuvo un beneficio patrimonial como fue explicado con anterioridad. Por lo que, a diferencia del anterior Código, éste sí establece un monto mínimo y es proporcional a la pena en relación con la cantidad percibida.

#### **1.4. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

La procedibilidad, se refiere a los requisitos formales establecidos por la legislación de cada país, que deben verificarse necesariamente para iniciar y conocer un proceso en especial o para ejercer la acción penal pública, ante la ausencia de ellos se se generaría una nulidad.

Dentro del ámbito penal, existen casos en los que para ejercitar la acción penal el fiscal debe cumplir con requisitos de procedibilidad, en esta categoría se encontraba el delito de enriquecimiento ilícito.

##### **1.4.1 NECESIDAD DEL INFORME DE RESPONSABILIDAD PENAL**

De conformidad con el artículo 211 de la Constitución de la República, la Contraloría General del Estado es el órgano que debe controlar la utilización de los recursos estatales y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado. Además, de acuerdo con el artículo 212 le corresponde también determinar responsabilidad administrativa, civil e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos sujetos a su control. Asimismo, el numeral 34 del artículo 31 de la Ley de Contraloría General del Estado establece que una de las funciones y atribuciones de este órgano es:

Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de

responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley. (LOCGE, 2002, art. 31)

Debido a las facultades que posee, el artículo 231 de la Constitución de la República, exige a los servidores públicos presentar una declaración patrimonial juramentada al iniciar y finalizar sus actividades. Contraloría podrá examinar y confrontar las declaraciones patrimoniales con los Registros públicos, movimientos financieros en las instituciones financieras, escrituras públicas, cuentas en el exterior, etc y remitir los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito a Fiscalía General del Estado.

Esta atribución otorgada a nivel constitucional a la Contraloría General del Estado, fue la base del inciso final del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de las formas en las que Fiscalía puede llegar a conocer un delito, el mismo menciona lo siguiente: “Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.”

Este requisito de procedibilidad se exigía para iniciar un proceso penal, sin embargo, la investigación previa podía llevarse a cabo sin este requisito. La necesidad de contar con un informe de indicios de responsabilidad penal fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional, el 2 de julio de 2019, a través de la sentencia No. 5-13-IN/19. Por lo tanto, ya no se exige este requisito previo para ejercer la acción penal pública.

#### **1.4.2 ELIMINACIÓN DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD**

El 26 de julio de 2016 Raúl Alberto Cabanilla Oramas presentó ante la Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad, caso 5-13 y acumulados, contra el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal en su parte final, sobre la

necesidad del informe de responsabilidad penal emitido por Contraloría General del Estado para iniciar un proceso penal por peculado, o, enriquecimiento ilícito.

El accionante motiva su pedido mencionando que la norma es incompatible con la Constitución de la República, ya que en el artículo 233 de la norma fundamental se establece la imprescriptibilidad de los delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito; y explica lo siguiente:

[...] en el último inciso del numeral 3 del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, termina en el hecho que: los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, efecto del principio de caducidad y prescripción que establece el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, SOLO PODRÍAN SER PERSEGUIDOS DURANTE SIETE AÑOS CONTADOS DESDE LA FECHA EN QUE SE HUBIERE COMETIDO EL ILÍCITO, HACIENDO PRESCRIPTIBLE LO QUE DECLARADO POR LA CONSTITUCIÓN COMO IMPRESCRIPTIBLE, ESTO ES QUE, LOS DELITOS DE PECULADO Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO QUEDARÍAN EN LA IMPUNIDAD. (citado por Corte Constitucional, p.3)

La Corte Constitucional a fin de resolver la acción pública de inconstitucionalidad analiza varias disposiciones constitucionales, respecto al rol de la Fiscalía y finalmente estimó que:

La Constitución garantiza la autonomía a la Fiscalía. La autonomía es uno de los principios rectores para su funcionamiento. Esta autonomía permite que la Fiscalía pueda investigar infracciones penales sin interferencias externas de otros organismos públicos. Entonces, la autonomía de la Fiscalía es un elemento fundamental para los controles mutuos de los poderes políticos distribuidos en la Constitución. Esta característica garantiza la libertad de la Fiscalía para cumplir con su deber sin la necesidad de autorizaciones ajenas a sus competencias constitucionales. En este sentido, el informe previo de la Contraloría es una traba para el ejercicio autónomo de sus competencias para investigar y ejercer la acción penal en todo delito. (p.4)

En virtud de este análisis, la Corte determinó que Fiscalía por disposición de la Constitución debe ejercer sus funciones, para que de esta forma se cumpla con el deber del Estado de garantizar a la sociedad la convivencia en una sociedad libre de corrupción, de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 numeral 8 de la norma fundamental.

El accionante también alegó que el artículo 71 de la ley Orgánica de Contraloría vuelve prescriptibles a los delitos determinados como imprescriptibles a nivel constitucional, y sobre esto la Corte Constitucional resolvió que: “Si bien el artículo 581

(3), inciso final, del COIP no es directamente contrario al artículo 233 de la Constitución, la aplicación del artículo impugnado tiene efectos en la eficacia de la norma que establece la imprescriptibilidad de ciertos delitos” (p.9).

En virtud de lo expresado el 2 de julio de 2019, la Corte Constitucional declaró, en ejercicio de sus facultades, la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 581 del COIP, y estableció los efectos de la sentencia para que no existan vulneraciones a derechos. El primer efecto es:

Si existen personas contra quienes se iniciaron procedimientos de auditoría por parte de la Contraloría y éstos, por los plazos de caducidad de contraloría, no pudieron concluir o ser remitidos con indicios de responsabilidad penal a la Fiscalía, se entenderá que la Contraloría hizo "un procedimiento administrativo, pero no penal. (p.10)

Es decir que, en el caso de que Contraloría no haya enviado el informe con indicios de responsabilidad penal por haberse caducado el tiempo, 7 años, y que este haya sido un impedimento para que Fiscalía ejerza la acción penal pública, esta última institución sí podrá iniciar una investigación previa sin necesidad de este requisito de procedibilidad.

La sentencia explica posteriormente que, si ya se han formulado cargos por el delito de enriquecimiento ilícito o peculado, a pesar de que el procesado haya sido sobreseído o declarado inocente, no podrá iniciarse un nuevo proceso por los mismos hechos.

Además, desde la emisión de esta sentencia los informes de responsabilidad penal emitidos por Contraloría serán una de las formas por las cuales Fiscalía conocerá el delito de enriquecimiento ilícito, mas no un requisito de procedibilidad. Finalmente, la Corte Constitucional decidió:

En mérito de lo expuesto de conformidad con el artículo 436 (2) de la Constitución y el artículo 76 (6) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional dispone: 1. Declarar la inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero de 20.0 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010 y del artículo 581 (3), inciso final, del Código Integral Penal (p.12)

## **1.5 JUZGAMIENTO EN AUSENCIA E IMPRESCRIPTIBILIDAD**

Debido a que una de las finalidades del proceso penal es reparar integralmente a la víctima y sancionar al sujeto activo por ejecutar la infracción, es necesario que el imputado comparezca a juicio, tanto para ejercer su derecho a la defensa, como para cumplir la pena que sea impuesta por el tribunal.

En virtud de lo antes expuesto, por regla general los procesados deben asistir a juicio, sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano existen cuatro delitos que por disposición constitucional pueden ser juzgados sin que se requiera la presencia del procesado, a esto se le ha denominado juzgamiento en ausencia.

Asimismo, por regla general la infracción no puede ser perseguida indefinidamente, sino que es necesario que exista un límite para ejercer la acción penal, sin embargo, el párrafo segundo del artículo 233 de la Constitución establece que en los delitos de cohecho, concusión, peculado y enriquecimiento ilícito “La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.”

### **1.5.1 JUZGAMIENTO EN AUSENCIA**

Claus Roxin expone sobre el procedimiento contra ausentes dentro de la legislación alemana, y distingue dos excepciones a la regla general (por principio de inmediación) para el juzgamiento del procesado cuya presencia es fundamental, las cuales son: procedimiento contra personas ausentes y contra personas incomparecientes, ante lo cual menta:

Más allá de ello, el principio de inmediación exige que el juez que dicta la sentencia vea ante él, personalmente, no sólo a los testigos, sino también al acusado, para formarse un concepto correcto de su personalidad. Por tal motivo, en principio, un juicio no puede llevarse a cabo sin el acusado. (Roxin, 2000, p.520)

Se debe mencionar que el procedimiento contra personas que no comparecen es, de acuerdo a la legislación alemana, cuando “se puede llevar a cabo un juicio oral contra un acusado que no ha comparecido, que se halla dentro del ámbito de poder de la jurisdicción alemana y cuyo domicilio es conocido” (Roxin, 2000, p.520); y el procedimiento contra personas ausentes es aquel “contra imputados cuya residencia es desconocida o que se hallan en el extranjero y cuya comparecencia ante el tribunal no parece factible ni razonable [...]” (Roxin, 2000, p.520)

Como bien fue explicado, en nuestra legislación es estrictamente necesario la presencia del procesado durante el juicio, a fin de observar las garantías del debido proceso y cumplir con la pena que pueda ser impuesta; ello está previsto en el artículo 610 del Código Orgánico Integral Penal, de la siguiente manera:

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

Sin embargo, existen excepciones en la legislación ecuatoriana, para ciertos delitos, que podrán ser juzgados en ausencia. De conformidad con el artículo 233 de la Constitución de la República los juicios por concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito podrán iniciarse y juzgarse incluso ante la ausencia de las personas procesadas en éstos, pudiendo devenir en una sentencia condenatoria, sin necesidad de la comparecencia del procesado.

## **1.5.2 IMPRESCRIPTIBILIDAD**

El Código Orgánico Integral Penal establece en el artículo 416 que la acción penal se extinguirá por varias formas, una de ellas es la prescripción. Para propósitos de la presente disertación, es necesario definir este concepto.

Binder (1999) establece que “La prescripción entonces es una institución jurídica que regula el tiempo por el cual se faculta al Estado a ejercer la persecución penal.” (p.224) Es necesario precisar que en Derecho penal existen 3 tipos de escenarios en los que se puede declarar la prescripción que son: del ejercicio de la acción, de la acción, y de la pena.

#### A) Prescripción del ejercicio de la acción penal pública

Según el artículo 416 del COIP, el ejercicio de la acción penal pública se extingue por prescripción, esto es, que el titular de la acción tiene un tiempo determinado para perseguir el delito y el responsable, esto a través de un proceso penal. Es decir, Fiscalía, como la titular del ejercicio de la acción penal pública, pierde la posibilidad de perseguir la conducta delictiva, para iniciar un proceso penal, una vez que ha transcurrido el tiempo fijado por la legislación, que es el máximo de la pena y en ningún caso menor a 5 años, este plazo se interrumpe con el inicio del proceso penal, es decir, con la audiencia de formulación de cargos.

Además, que de conformidad con el artículo 417 numeral tres literal a del Código Orgánico Integral Penal, la prescripción debe ser declarada por el juzgador, ya sea de oficio o a petición de parte.

#### B) Prescripción de la acción penal pública

En derecho penal, la prescripción de la acción debe considerar el tiempo que tiene Fiscalía para que exista una decisión judicial ejecutoriada respecto a la situación de los procesados. Una vez que ya ha iniciado el proceso penal la acción penal prescribe en el máximo de la pena prevista en el tipo penal para ese delito desde que inicia el proceso penal con la audiencia de formulación de cargos, y en ningún caso podrá durar menos de cinco años. (COIP, art.417.4)

#### C) Prescripción de la pena

Por otro lado, la prescripción de la pena es una forma de extinguir la sanción privativa de la libertad, que de conformidad con el artículo 75 de la normativa penal ecuatoriana se dispone que:

La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas: 1. Las penas restrictivas de libertad prescribirán en el tiempo máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal más el cincuenta por ciento. 2. Las penas no privativas de libertad prescribirán en el tiempo máximo de la condena más el cincuenta por ciento. La prescripción de la pena comenzará a correr desde el día en que la sentencia quede ejecutoriada. 3. Las penas restrictivas de los derechos de propiedad prescribirán en el mismo plazo que las penas restrictivas de libertad o las penas no privativas de libertad, cuando se impongan en conjunto con estas; en los demás casos, las penas restrictivas de los derechos de propiedad prescribirán en cinco años. (COIP, 2014, art. 75)

Sin embargo, en esta misma norma se dispone que “No prescriben las penas determinadas en las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, crímenes de agresión a un estado, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales” (COIP, 2014, art. 75).

Es así que los delitos antes descritos, y en específico el cohecho, la concusión, el peculado y el enriquecimiento ilícito, de acuerdo con el artículo 233 de la Constitución de la República son imprescriptibles, tanto en la acción, en el ejercicio de la acción, y en la pena, esto con la finalidad de eliminar la impunidad.

## **1.6 PRESUNCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

Existen dos tipos de presunciones: presunción de hecho y de derecho. La presunción de hecho es definida por el diccionario jurídico Cabanellas (1993), como “una suposición de carácter normativo, que considera como verdadera una situación, salvo prueba en contrario.” (p.268) Este mismo autor conceptualiza a la presunción de derecho como “inferencia legal que no cabe desvirtuar” (p.268).

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano existen varias presunciones, la más conocida en el ámbito penal, se encuentra contenida en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República, corresponde a la presunción de inocencia, en la que se

considera a una persona inocente mientras está siendo procesada, hasta que se obtenga sentencia condenatoria ejecutoriada. Es decir, la presunción de inocencia es una presunción de hecho, ya que admite prueba en contrario, el contenido y alcance de ésta será desarrollado en el siguiente capítulo.

La Constitución Política de 1998 del Ecuador instauró una nueva presunción de rango constitucional, que supone el cometimiento del delito de enriquecimiento ilícito, en el párrafo segundo del artículo 122 que disponía los servidores públicos:

Al terminar sus funciones presentarán también una declaración patrimonial juramentada, que incluya igualmente activos y pasivos. La Contraloría General del Estado examinará las dos declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones hará presumir enriquecimiento ilícito. (CPE, 1998, art.122.2)

El segundo párrafo del artículo 231 de la actual Constitución de la República, prevé lo siguiente: “La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito” (CRE, 2008, art. 231.2).

Debido a que se presume la existencia de un delito y que la única forma de comprobar si se cometió o no es por medio del anuncio y de la práctica de pruebas en un proceso penal, esta presunción también es de hecho.

Ahora, de acuerdo con esta norma existen 2 supuestos, el primero es la falta de declaración y el segundo, que una vez presentada la declaración existan inconsistencias dentro de ella.

De acuerdo con la Ley para la Presentación y Control de Declaraciones Patrimoniales Juradas publicada en el Registro Oficial el 8 de abril de 2016 con suplemento 729, todo funcionario público debe presentar al iniciar y finalizar sus funciones una declaración patrimonial juramentada y actualizarlas cada 2 años. El artículo 4 de la mencionada normativa dispone que:

Las personas obligadas deben realizar la declaración patrimonial jurada en el formulario establecido por la Contraloría General del Estado y presentar la constancia de su otorgamiento como requisito para posesionarse en la función o cargo, de acuerdo con las regulaciones que dicte este Organismo de Control. (LPCDP, 2016, art.4)

En el segundo inciso del mismo artículo se establece “La falta de presentación de la declaración patrimonial jurada al inicio de la gestión acarreará la anulación inmediata del nombramiento o contrato y el cese de funciones del obligado [...]” (LPCDP, 2016, art.4.2). Respecto a la declaración final el artículo 5 de la ley dispone que:

Una nueva declaración patrimonial jurada se hará en el término de veinte días siguientes, a la finalización de la gestión e igualmente la unidad de administración del talento humano o la que haga sus veces verificará su presentación, a través del sistema que al efecto establecerá la Contraloría General del Estado. De encontrar indicios de responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito, los resultados se pondrán en conocimiento de la Fiscalía General del Estado para el ejercicio de la acción correspondiente. (LPCDP, 2016, art.5)

La declaración juramentada deberá contener “información completa sobre los activos y pasivos del declarante, de los pertenecientes a la sociedad conyugal o sociedad de hecho, de los hijos menores de edad, tanto en el país como en el extranjero” (LPCDP, 2016, art.9).

Es importante mencionar que toda la información que se proporcione debe tener sustento, pero no es necesario que esta se adjunte a la declaración, solo debe ser exhibida una vez que Contraloría lo solicite.

Ahora, respecto a la segunda causal de la presunción de enriquecimiento ilícito, la inconsistencia de la declaración, la ley manda que:

Si la información contenida en el formulario de la declaración patrimonial jurada estuviere incompleta o adoleciera de errores respecto de fechas u otros datos expresamente exigidos, las unidades de administración del talento humano o las unidades que cumplan estas funciones, o la Contraloría General del Estado, concederán al declarante el plazo de diez días para subsanarlos. De no hacerlo en el plazo indicado, la autoridad nominadora le impondrá una sanción pecuniaria administrativa establecida de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica del Servicio Público, sin perjuicio de que se exija la aclaración o rectificación de la declaración patrimonial jurada.(LPCDP, 2016, art.9)

En ejercicio de sus funciones Contraloría General del Estado comparará la declaración inicial con las de actualización y la final:

[...] y de encontrar diferencias evidentes que hagan presumir incremento patrimonial que no sea resultado de ingresos legalmente percibidos, o con base de la revisión del movimiento de cada uno de los rubros que componen la declaración u otros no declarados, comunicará al declarante el resultado de dicha comparación a fin de que se pronuncie sobre el origen de los recursos en un plazo no mayor de cuarenta y cinco días, contados a partir de la fecha de notificación, adjuntando los documentos de respaldo correspondientes. (LPCDP, 2016, art.15)

Ante la falta de justificación de la inconsistencia de las declaraciones patrimoniales del servidor público Contraloría:

[...] analizará los movimientos de los rubros declarados y no declarados, mediante un examen especial, el que podrá hacerse extensivo a los parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, al cónyuge del declarante, a la pareja en unión de hecho y a terceras personas vinculadas, cuando existan graves indicios de testaferrismo. (LPCDP, 2016, art.15)

Finalmente “De existir indicios de responsabilidad penal, luego de realizado el examen especial, el Contralor General emitirá el informe que corresponda, y remitirá a la Fiscalía General del Estado los resultados del examen, adjuntando la evidencia acumulada.” (LPCDP, 2016, art.15)

Con base en la normativa revisada, es indudable que la presunción a la que se refiere el segundo inciso del artículo 231 de la Constitución de la República, es una presunción que puede ser desvirtuada y cuyo contenido y alcance debería ser interpretado por la Corte Constitucional, con el fin de determinar si es o no contraría la presunción de inocencia.

## **CAPÍTULO II**

### **LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

#### **2.1.- CARGA DE LA PRUEBA**

##### **2.1.1 CONCEPTO Y CLASES DE CARGA**

###### **CONCEPTO**

La carga de la prueba es una institución jurídico procesal que determina a qué sujeto procesal le corresponde presentar pruebas de cargo y de descargo a fin de que

sustenten sus pretensiones, durante el proceso. El establecimiento de esta carga se puede realizar ya sea por vía legislativa o judicial. Monagas (2005) se refiere a ella de la siguiente forma:

La carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés de probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles, hechos, entre los que forman el tema de la prueba en el proceso, necesitan cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones [...] (p.15)

Díaz (2016) menciona que: “de esta manera los hechos que rodean la cuestión litigiosa, cuya carga probatoria debe soportar determinada parte procesal, se limitan a aquellos que son de su interés por coadyuvar con su pretensión [...]” (p.8).

Herrera (2014) considera que “[...] la principal diferencia que existe entre carga y deber consiste, en que el no acatamiento del segundo concepto (del deber) trae como consecuencia una sanción procesal” (p.1), es decir, la única consecuencia que se deriva de no ejercer la carga de la prueba es que podrían disminuirse o anularse sus posibilidades de que se admita su pretensión y ganar el proceso.

Con base en estas definiciones se puede establecer que, dentro de un proceso, de cualquier naturaleza, la carga de la prueba le corresponde a la parte procesal que tiene interés directo en que su pretensión sea declarada favorablemente por el juzgador.

De acuerdo con Herrera (2014) “la titularidad de la carga de la prueba en materia procesal penal es de quien acusa, es decir de la Fiscalía” El monopolio de la vindicta pública y las armas para ejecutarla se encuentra en manos de Fiscalía por una razón, garantizar la existencia del propio Estado y que la sociedad afectada por el cometimiento del delito recobre su armonía.

### **CLASES DE CARGA DE LA PRUEBA**

Existen dos clases de carga de la prueba: estática y dinámica. Si la carga de la prueba nace por disposición normativa mediante la cual le atribuye a un sujeto procesal

la responsabilidad de probar los elementos fácticos, se denomina carga de la prueba estática.

Por el contrario, si la norma faculta al juez para que él, de acuerdo con la naturaleza del proceso y de la materia, establezca a quién le corresponde probar un determinado hecho; se denomina carga de la prueba dinámica.

La posibilidad de aplicar la carga dinámica debe estar establecida dentro del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, lo cual no ocurre en el caso ecuatoriano, por lo que, en todas las materias existe únicamente la carga estática, es decir, por mandato de la norma, se determina quién tiene la carga de la prueba, que en el caso penal es Fiscalía General del Estado y en el ámbito no penal, el actor.

El Código Orgánico General de Procesos establece expresamente a quién le corresponde la carga de la prueba, según lo dispuesto en el artículo 169 “Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.” (COGEP, 2015, art.169)

En el ámbito penal la carga de la prueba, en los delitos de ejercicio de la acción penal pública, le pertenece exclusivamente a Fiscalía General del Estado, organismo que de conformidad con el artículo 195 de la Constitución de la República dirige “de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal”(CRE, 2008, art.195)

### **2.1.2 LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.**

Existen tres sistemas procesales penales que se han desarrollado y han sido adoptados por los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados, estos son: acusatorio, inquisitivo y mixto.

Ecuador en el año 2000 adoptó el Código de Procedimiento Penal que de acuerdo con Velasteguí (2016) “trastocó en esa época, en forma fundamental, el procedimiento penal en el Ecuador, con la implementación de un nuevo sistema procesal penal,

totalmente contrapuesto al que venía rigiendo por décadas en el país, el sistema inquisitivo” (p.9).

En este punto, es necesario distinguir entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio; el primero se refiere a la total concentración de funciones en el juez es decir, la investigativa, acusatoria, instructora y de juzgamiento. Por el contrario, el sistema acusatorio penal, según lo explica Maier (2004) se caracteriza por:

[...] la división de poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder, por el otro, el imputado quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. (citado por Velastegui, 2016, p. 10)

Se puede inferir que, en este sistema deben existir necesariamente tres sujetos que intervienen en el proceso, el órgano acusador, que, de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el proceso penal de acción pública, es Fiscalía General del Estado; la defensa del procesado; y, finalmente, el juzgador, quien no es un sujeto procesal, pero que interviene activamente dentro del proceso, que en la primera etapa del proceso penal, será el Juez de Garantías Penales y posteriormente, en audiencia de juicio, será el Tribunal de Garantías Penales.

Sin perjuicio de los demás sujetos procesales que intervienen en el proceso penal, los cuales de conformidad con el artículo 439 del Código Orgánico Integral Penal son: “1. La persona procesada 2. La víctima 3. La Fiscalía 4. La Defensa” (COIP,2014, art.439).

Además de la característica antes expresada, el sistema acusatorio implica la vigencia y aplicación de varios principios procesales y reglas de sustentación del proceso, Rodríguez Vera (2013) los ejemplifica de la siguiente forma:

[...]el principio de contradicción, la igualdad de armas entre las partes, la separación de funciones de investigación y decisión, la proscripción de la reformatio in peius, y también, el principio acusatorio. El sistema procesal acusatorio supone entonces una gama de principios y reglas que sumadas dan por resultado la configuración total del proceso. (p.6)

Los principios y reglas procesales que deben ser observados en cualquier etapa del proceso penal, se encuentran previstos en el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal<sup>4</sup>. Adicionalmente, existen otras máximas de derecho pertenecientes al garantismo penal que a su vez deben considerarse para la correcta sustanciación del proceso; estas son planteadas por Ferrajoli (1995), a las que este autor se refiere como *axiomas* y las define de la siguiente forma: “prescriben lo que debe ocurrir, no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa”(p.90).

El mismo autor establece 10 axiomas que deben ser observados, estos son:

1. No hay pena sin crimen, principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito (*Nulla poena sine crimine*); 2. No hay crimen sin ley previa, principio de legalidad (*Nullum crimen sine lege*); 3. No hay ley sin necesidad, principio de necesidad o de economía del derecho penal (*Nulla lex (poenalis) sine necessitate*); 4. No hay necesidad sin daño, principio de lesividad o de la ofensividad del acto (*Nulla necessitas sine iniuria*); 5. No hay daño sin acción, principio de materialidad o de la exterioridad de la acción (*Nulla iniuria sine actione*); 6. No hay acción sin culpa, principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal (*Nulla actio sine culpa*); 7. No hay culpa sin indicio, principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto (*Nulla culpa sine iudicio*); 8. No hay juicio sin acusación, principio acusatorio (*Nullum iudicium sine accusatione*); 9. No hay acusación sin prueba, principio de la carga de la prueba o de verificación (*Nulla accusatio sine probatione*); y, 10. No hay prueba si no hay defensa, principio de contradicción, o de la defensa, o de refutación. (*Nulla probatio sine defensione*). (p.93)

Es importante que tanto los principios del sistema penal acusatorio como los axiomas del Garantismo Penal sean observados dentro de cualquier etapa del Proceso Penal, para que no acarree nulidad alguna. Para fines del objeto de la presente investigación, se tomará en cuenta únicamente dos axiomas: no hay juicio sin acusación,

---

<sup>4</sup> Artículo 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 1. legalidad, 2. favorabilidad, 3. duda a favor del reo, 4. inocencia, 5. igualdad, 6. impugnación procesal, 7. prohibición de empeorar la situación del procesado, 8. prohibición de autoincriminación, 9. prohibición de doble juzgamiento, 10. intimidad, 11. oralidad, 12. concentración, 13. contradicción, 14. dirección judicial del proceso, 15. impulso procesal, 16. publicidad, 17. inmediación, 18. motivación, 19. imparcialidad, 20. privacidad y confidencialidad, y 21. objetividad. (COIP, 2014, art.5)

correspondiente al principio acusatorio; y no hay acusación sin prueba, correspondiente al principio de carga de la prueba.

El principio sobre el que descansa el sistema acusatorio es la imposibilidad de que se inicie un proceso sin que exista acusación fiscal, esto a su vez delimita el campo de acción del juez, es decir, le prohíbe al juzgador sancionar al procesado por un delito más grave o actuar de oficio. Por otro lado, el principio de carga de la prueba determina que quien realice la acusación deberá presentar elementos probatorios a fin de convencer al juzgador sobre el cometimiento de una infracción. (Ferrajoli, 1995)

Como se mencionó anteriormente, Fiscalía General del Estado es la titular de la acción penal pública, que, de conformidad al artículo 198 de la Constitución de la República, dirige la investigación en las etapas: pre procesal y procesal; y podrá acusar de acuerdo con la siguiente regla: “De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.” (CRE, 2008, art.198)

Por lo expuesto, la acusación fiscal es un requisito indispensable en el proceso penal, se materializa en el dictamen acusatorio emitido por Fiscalía, previsto en los artículos 602, 603 y 609 del Código Orgánico Integral Penal, sobre esta acusación el juzgador deberá pronunciarse dictando un auto de sobreseimiento o un auto de llamamiento a juicio de acuerdo con los elementos de convicción con los que cuente.

De acuerdo con la norma constitucional, el poder de acusación recae exclusivamente sobre esta entidad. Además, la acusación debe fundamentarse en elementos de convicción, que serán recabados durante la investigación previa y la instrucción, estos elementos serán anunciados, valorados y evaluados por las partes procesales en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, y posteriormente serán practicados en la audiencia de juicio, para que el Tribunal de Garantías Penales los evalúe

y dicte una sentencia, sea declarando la responsabilidad del procesado o ratificando el estado de inocencia.

En virtud de estos dos axiomas y de las funciones conferidas a Fiscalía General del Estado, mediante el artículo 195 de la Constitución de la República<sup>5</sup>, el artículo 444 numeral 3, el artículo 594, 601 y 603 numerales 3 y 5 del Código Orgánico Integral Penal, se puede afirmar que la carga de la prueba le corresponde a esta entidad estatal, que tiene interés directo: en que el juez declare que el procesado es responsable penalmente de cometer una determinada infracción penal. En caso de no aportar con los suficientes elementos de convicción, el juzgador tiene la obligación de reafirmar el estado de inocencia del presunto infractor, así lo considera Oyarte (2016):

En materia penal, en cambio, la prueba corresponde siempre al acusador, toda vez que ésta tiene por objeto establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, ya que al estar proscrita la autoincriminación no se podrían tener por probados los hechos por la sola declaración del procesado. (p.145)

Además, debido a que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la carga de la prueba estática implica no solo otorgar, por mandato de la ley o de la Constitución, a una de las partes la necesidad de probar los hechos alegados; sino que también, determina la forma en la que debe apreciar la prueba el órgano jurisdiccional competente, esto será desarrollado en el capítulo 3 de la presente disertación.

### **2.3 INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.**

Por regla general la carga de la prueba en el ámbito penal le corresponderá al sujeto procesal que realice la acusación, que en los delitos de acción penal; pública es Fiscalía, esto de acuerdo con los axiomas del garantismo penal y a las reglas del sistema

---

<sup>5</sup> Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. (CRE, 2008, art. 195)

penal acusatorio, explicadas con anterioridad. Sin embargo, hay excepciones, tanto en la órbita penal como en otras ramas en las que la carga de la prueba es invertida, es decir, no le corresponde al sujeto o parte procesal que alegue los hechos o que acuse, sino a la contra parte.

En razón de que la carga de la prueba es estática de acuerdo a la legislación ecuatoriana, la inversión de ella debe ser determinada de la misma forma en la que es establecida la carga, es decir, mediante norma. Existen varios casos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en los que se encuentra prevista la inversión de la carga de la prueba.

#### **2.4 CASOS EN LOS QUE DE CONFORMIDAD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA.**

De acuerdo con Oyarte (2016) en la Constitución de la República se establecen tres casos en los que se invierte la carga de la prueba, los cuales son: “respecto de las acciones de garantía constitucional; en materia ambiental; y, al menos aparentemente, en el caso de no presentación de la declaración patrimonial juramentada” (p. 148) Al referirse al último caso, el autor se remite al artículo 231, de la norma fundamental. Además, según el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, existen 2 casos en los que también se invierte la carga de la prueba: en materia de alimentos, y la norma de apertura, que establece la posibilidad de invertir la carga en otros casos según lo establezca la ley.

Para efectos de la presente disertación, el tercer caso constitucional, es decir, la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito será tratado una vez que sean explicados los casos, tanto constitucionales como legales antes

mencionados, esto con la finalidad de contrastar los principios bajo los cuales se sustentan estas inversiones.

Sobre el primer caso, la norma fundamental expresa en el artículo 86, que en las garantías jurisdiccionales se observarán varias disposiciones entre ellas la del numeral tercero, que prevé lo siguiente: “Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información.” (CRE, 2008, art. 86)

Es necesario precisar que, de acuerdo con la Constitución de la República y a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, existen nueve garantías jurisdiccionales constitucionales que son: medidas cautelares constitucionales, acción de protección, hábeas data, hábeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción extraordinaria de protección, acción de incumplimiento y acción por incumplimiento. Cada una es un mecanismo para hacer justiciables los derechos constitucionales.

El artículo 11 de la norma fundamental prevé que el ejercicio de los derechos se regirá por varios principios, entre ellos los del numeral primero, que corresponde al principio de exigibilidad, que dispone: “Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.” (CRE, 2008, art.11.1); de igual forma prevé que los derechos son justiciables y “no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.” (CRE, 2008, art.11.3)

De esta manera, el constituyente reguló el principio de exigibilidad y de justiciabilidad de los derechos mediante el ejercicio de las garantías constitucionales, con

base en estos principios se invierte la carga probatoria, para facilitar al accionante la presentación de acciones con la finalidad de hacer valer sus derechos, y obligar al accionado a justificar la inexistencia y mitigación del daño ocasionado, además de reparar los derechos vulnerados. Es así, que la inversión de la carga probatoria en materia constitucional tiene su fundamento en los principios de exigibilidad y de justiciabilidad.

En cuanto al caso ambiental, la Constitución de la República establece en el artículo 397 que, para garantizar el derecho al ambiente sano el Estado se compromete a permitir que cualquier persona o colectividad ejerza las acciones judiciales que crea necesarias para exigir este derecho. Además, el numeral primero del referido artículo prevé que: “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.” (CRE, 2008, art. 397)

Esta inversión, está ligada al principio *indubio pro natura*, sobre el cual, Bryner (2015) afirma que su origen se justifica a través de la incertidumbre científica que se origina del principio de precaución, justifica la acción por medio del principio, y, más importante, atribuye la carga probatoria a quien afecte al medio ambiente, no a quien alegue el daño, creando así una obligación para el afectante. Este autor explica lo siguiente:

En una articulación más fuerte del principio de precaución, la incertidumbre científica no es sólo una justificación para la acción, sino que crea una obligación; este cambio de la carga de la prueba significa que una persona que proponga una actividad con potencial de causar daños al medio ambiente tiene la responsabilidad afirmativa de demostrar que el riesgo es bajo antes de que se autorice dicha actividad. (Bryner,2015, p.177)

En Ecuador, este principio fue recogido el 30 de marzo de 2011 con el Caso del río Vilcabamba en el que el Gobierno Provincial de Loja depositó piedras y otros material de excavación en el río debido a que se realizaba la construcción de la carretera Vilcabamba - Quinara, lo que produjo un gran daño a la naturaleza; en virtud de esta

afectación, el señor Wheeler y la señora Geer presentaron una acción de protección ante el Juzgado Tercero de lo Civil del cantón Loja, la misma que fue rechazada, por esta razón los accionantes apelaron y la causa fue conocida por la Corte Provincial de Loja, organismo jurisdiccional que decidió lo siguiente:

DÉCIMO: Los accionantes no debían probar los perjuicios sino que el Gobierno Provincial de Loja tenía que aportar pruebas ciertas de que la actividad de abrir una carretera no afecta ni afectará el medio ambiente. Sería inadmisibles el rechazo de una acción de protección a favor de la Naturaleza por no haberse arrojado prueba, pues en caso de probables, posibles o bien que puedan presumirse ya provocado un daño ambiental por contaminación, deberá acreditar su inexistencia no sólo quien esté en mejores condiciones de hacerlo sino quien precisamente sostiene tan irónicamente que tal daño no existe. [...] El artículo 397 de la Constitución señala que “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado” (el resaltado es de la Sala), lo que implica que correspondía al Gobierno Provincial de Loja demostrar que la apertura de esa carretera no está provocando daño ambiental.

Respecto a la inversión de la carga probatoria a nivel legal, como se mencionó, existen dos casos. El primero de carácter infraconstitucional se encuentra prevista en el párrafo cuarto del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, que menciona lo siguiente: “En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado [...]” (COGEP, 2015, art.169)

Esta inversión se justifica con la finalidad de precautelar el interés superior del niño, este principio ha sido definido por Simon (2014) de la siguiente forma: “[...] servir como pauta de solución en los casos en los que están en disputa los derechos de los niños con los derechos de otros (sic) personas, en estos casos él se aplica como una cláusula de prioridad” (citado por Viscarra, 2017, p. 25).

En el mismo artículo existe la norma de apertura, denominada de esta forma, ya que abre la posibilidad de invertir la carga de la prueba en otros casos, es decir, amplía el margen y faculta a que se invierta la carga de la prueba cuando la situación lo amerite; en

el inciso sexto se establece lo siguiente: “También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.” (COGEP, 2015, art.169)

Oyarte (2016) se refiere a la norma de apertura del siguiente modo: “Si el legislador pretende aumentar los casos constitucionales de inversión de carga probatoria, cosa no autorizada por la Constitución, no hace falta anunciar esa pretensión, la que, con esta norma o sin ella, tendrá el mismo irregular efecto.” (p.149) A pesar de que no han sido desarrollados otros casos en los que se podría invertir la carga probatoria, existe esta posibilidad, que a criterio del autor sería inconstitucional.

Hasta el momento, se ha podido evidenciar que tanto las normas constitucionales como la legal, invierten la carga probatoria en determinados casos en virtud de los principios que justifican su existencia. Todo esto en razón de proteger a una parte procesal que podría encontrarse en desventaja en el proceso, frente a la otra, favoreciendo a quien plantea la acción y alega los hechos. El fundamento de todo lo explicado se evidenció gracias a los principios de exigibilidad, in dubio pro natura y el interés superior del niño.

Sin embargo, a continuación, se expondrá la diferencia entre la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, objeto de este estudio y los demás casos enunciados con anterioridad.

La inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito ha sido estudiada por varios doctrinarios e incluso por órganos judiciales internacionales, con posturas distintas, la primera negando la inversión, y la segunda, ratificandola.

A) Posiciones doctrinarias que niegan la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito

Rojas Vargas (2007) considera que “no es un problema de inversión de carga de la prueba, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos” (p.620). Asimismo, la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima se ha pronunciado sobre este tema en el expediente 009-2009 estableciendo:

El delito se configura, entonces, con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, quebrando asimismo la rectitud requerida en la función. Pero esta injustificación, no es, por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación -en base a las pruebas colectadas en el juicio- de que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente; y, en definitiva cuando ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada. De modo que no se castiga sobre la base de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado.

De la posición de los jueces de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, es necesario resaltar que para que este delito sea demostrable no debe existir una forma de justificar la procedencia del dinero, por lo que es el acusado el responsable de colaborar con esta información. Bajo este razonamiento sí se invierte la carga de la prueba.

B) Posiciones doctrinarias que ratifican la inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito

San Martín Castro (2002) menciona que “[...] la presunción legal que obliga al imputado, en su caso, a tener que probar la licitud de sus ingresos o gastos, porque si no lo hace así se concreta la presunción de que ha cometido delito de enriquecimiento ilícito”. El mismo autor sostiene que:

No es posible [...] que el tipo penal se construya teniendo en cuenta la no justificación de incrementos patrimoniales de delictivos y con ello se le esté forzando a autoincriminarse y además, se desplace la carga de la prueba de la acusación en clara vulneración de la presunción de inocencia (citado por Herrera 2012, p. 69)

En Ecuador no se ha hecho un estudio al respecto de la inversión de la carga de la prueba en este delito, sin embargo, esta se encuentra contenida en el artículo 231 inciso primero de la Constitución de la República. Al respecto Oyarte (2016) ha expresado lo siguiente:

Esa presunción de enriquecimiento ilícito por la sola omisión en la obligación de presentar la declaración de fin de período me parece un exceso, en el caso de que se interprete literalmente la disposición y se crea que, en ese evento, no solo se iniciará un proceso penal contra el incumplido, sino que éste deberá demostrar no haber incurrido en ese delito. (p.151)

De esta manera, en el delito de enriquecimiento ilícito, la inversión de la carga de la prueba radica en que el procesado es el sujeto que debe demostrar que los fondos que han incrementado su patrimonio proceden de una fuente lícita. En este caso en particular, atendiendo el tenor literal de la norma, artículo 231 de la Constitución de la República, no corresponde a Fiscalía probar la materialidad de la infracción, el nexo causal y la responsabilidad del procesado, sino que, basta con que demuestre que efectivamente el funcionario público no ha realizado la declaración juramentada. Oyarte (2016) señala que:

Que en un delito, cuya prueba no resulta dificultosa en comparación con otras infracciones como el cohecho, la concusión o el peculado, se pretenda tener una sola falta de presentación de una declaración patrimonial como presunción de responsabilidad, no resulta razonable (p.152)

Resulta interesante que este sea el único caso en el que la inversión de la carga de la prueba se realiza a favor de un sujeto procesal que cuenta con todos los medios necesarios para sustentar sus alegaciones y demostrar los elementos fácticos alegados, por cuanto, de conformidad con el artículo 195 de la Constitución de la República y el artículo 443 del Código Orgánico Integral Penal, es Fiscalía, no sólo la titular del ejercicio de la acción penal pública y por ende quien investiga el cometimiento de delitos, sino que además es el órgano estatal que dirige el sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses; dotándose de esta forma, de todas las armas necesarias para la prosecución de la investigación.

Por otro lado, el sospechoso o procesado no cuenta con los mismos recursos, por cuanto es a él a quien le corresponde solicitar distintas diligencias para demostrar su inocencia, y al ser Fiscalía, como se explicó en el párrafo anterior, quien dirige el sistema especializado integral de investigación, toda solicitud de trámite, documentación e información que solicite el sospechoso, tiene que ser aprobada por el órgano de investigación, por lo que es considerable el riesgo del sospechoso, y es destacable la desigualdad de armas entre Fiscalía - sospechoso/procesado.

En este caso el sustento de la inversión de la carga de la prueba es que no exista impunidad y que los delitos sean perseguidos. En el preámbulo del Código Orgánico Integral Penal en el punto tercero referente a constitucionalización del derecho penal establece que: “Por ello, el derecho penal debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad” (COIP, 2014)

En definitiva, por disposición del artículo 231 de la norma fundamental<sup>6</sup> se le ordena al investigado desvirtuar la presunción de enriquecimiento ilícito que pesa sobre él, invirtiendo así la carga de la prueba, pues se le exige demostrar el origen de los fondos que han incrementado su patrimonio. Además, al establecer la inversión de la carga de la prueba, para que el procesado demuestre su inocencia, se podría vulnerar el principio de presunción de inocencia y lesionar derechos y garantías de carácter constitucional y legal del sujeto procesal, esto será examinado a continuación.

---

<sup>6</sup> Art. 231.- Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro.(CRE, 1008, art. 231)

## **2.5 DERECHOS QUE PUEDEN VULNERARSE AL INVERTIRSE LA CARGA DE LA PRUEBA.**

Como fue explicado, el sistema acusatorio penal está caracterizado por la división de funciones, correspondiéndole a cada una un rol en específico dentro del proceso; en virtud de esto surgen dos preguntas al invertir ¿la carga de la prueba lesiona este principio? ¿se vulneran derechos y garantías tanto legales como constitucionales? Por lo que, este estudio se concentrará, específicamente, en las garantías del debido proceso.

### **2.5.1 DEBIDO PROCESO**

Fernández Velásquez, menciona que: “la doctrina define el debido proceso como todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia” (citado por Bernal y Hernández 2001, p. 22).

Así pues, el debido proceso es el conjunto de garantías mínimas que deben ser observadas dentro de todo proceso, está conformado por el derecho de igualdad, derecho de acceder a la justicia, presunción de inocencia, derecho a la defensa, motivación en la decisión judicial y ejecución de esta, entre otros.

El debido proceso se encuentra previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República, que establece: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas [...]” (CRE, 2008, art.76); y desarrolla posteriormente siete numerales que lo componen. Sin embargo, si existen instrumentos internacionales de derechos humanos que reconozca más garantías, estas también pueden ser aplicadas al

proceso, puesto que la Constitución de la República reconoce esta posibilidad, mediante la denominada cláusula abierta, contenida en el artículo 11 numeral 7.

En virtud de que al finalizar el proceso penal el procesado puede ser declarado responsable de cometer una infracción por lo que se le impondrá una pena privativa de la libertad, es imprescindible que, en todas las etapas del proceso, se observen las garantías del debido proceso. Zavala Baquerizo (2002) expresa que “Hablar del debido proceso penal es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal” (p. 25).

En armonía con la norma fundamental ecuatoriana el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo primero enuncia que la finalidad de este cuerpo normativo es: “[...] establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas” (COIP, 2014, art.1).

La inobservancia de una de las garantías que componen el debido proceso, en especial cuando se cause en uno de los sujetos procesales indefensión, o entorpezcan el ejercicio del derecho a la defensa; acarrea nulidad del acto lesivo, desde el momento en que se produjo.

Existen cuatro principios para declarar la nulidad de un acto: el primero es la legalidad, referente a que la causa alegada debe estar establecida previamente en la norma; el segundo es la trascendencia, en este principio se debe demostrar que el acto ha generado un perjuicio a la parte procesal que lo alega; el tercero pertenece a la convalidación, que el acto no haya sido subsanado; y finalmente, el cuarto corresponde al principio de protección, cuando no se hayan protegido derechos procesales. (Mejía Salazar, 2018).

En el procedimiento ordinario, el momento procesal oportuno para conocer la nulidad de un acto que se produjo durante la investigación previa y la instrucción, es en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, esto de conformidad al artículo 604 numeral segundo del COIP, que expresa lo siguiente: “[...] La nulidad se declarará siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provoque indefensión [...]” (COIP, 2014, art.604.2).

Por el contrario, si el acto lesivo no se produjo en alguna de las etapas antes mencionadas, se podrán presentar incidentes durante el proceso. También, de conformidad con el artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal, se puede pedir la declaratoria de nulidad sustentando mediante un recurso, el juzgador al momento de resolverlo deberá analizar si existen o no elementos que vicien o causen la nulidad del proceso. Este mismo artículo prevé las causas que vician el procedimiento:

- a) La falta de competencia de la o el juzgador, cuando no pueda subsanarse con la inhibición.
- b) Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en este Código.
- c) Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa. (COIP, 2014, art. 652)

Para concluir, como se ha expresado es necesario que se observe las garantías del debido proceso en el proceso penal, si esto no sucede acarrearía nulidad procesal. Debido a esto, es necesario explicar las garantías que componen el debido proceso, y que, podrían verse afectadas al invertir la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito.

## **2.5.2 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**

El artículo 14 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.” y en el artículo 11 numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece que:

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

La presunción de inocencia es una de las garantías del debido proceso propias del Derecho Penal, se encuentra reconocida en la Constitución de la República del Ecuador, como un derecho de protección, previsto en el artículo 76 numeral 3 que establece lo siguiente:” Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.” (CRE, 2008, art.76.3)

Del mismo modo, el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 5 respecto a garantías y principios rectores del proceso penal, de forma similar a la norma constitucional citada en el párrafo anterior, señala, en el numeral 4, que: “toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecute una sentencia que determine lo contrario.” (COIP,2014, art.5.4)

Las dos normas coinciden en que la única forma en la que se desvirtúa la presunción de inocencia es con una sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad penal de la persona, sin que se pueda presentar recurso alguno.

Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado, mediante sentencia No. 029-10-SCN-CC emitida el 18 de noviembre de 2010, que de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Maqueda contra Argentina, el contenido de la presunción de inocencia exige que:

la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado [...], conforme a las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad. Comentando este fallo, el tratadista Alberto Bovino manifiesta: "La exigencia impide que se trate como culpable a la persona sólo sospechada de haber cometido una conducta delictiva, sin importar el grado de verosimilitud de la sospecha, hasta que un tribunal competente no pronuncie una sentencia que afirme su culpabilidad e imponga una pena [...], el Comité de Derechos

Humanos de Naciones Unidas entiende que el principio de inocencia obliga al Estado a demostrar la culpabilidad del imputado respetando las garantías del procedimiento que protegen su equidad e imparcialidad y ha desarrollado el sentido de la presunción contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresando que en **la presunción de inocencia la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda; no puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable**; además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio; por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso. (p.2)

Oyarte (2016) comparte la idea de que la presunción de inocencia abarca también a la carga de la prueba y lo señala en los siguientes términos “Si se presume la inocencia, debe quedar a cargo de quien acusa, imputa o demanda la carga de probar esos señalamientos. Esa es la regla general, pero que tiene algunas excepciones y precisiones que se debe realizar” (p. 107). De acuerdo con este autor, al fijar la carga de la prueba en el órgano de acusación se garantiza la presunción de inocencia del procesado. Espita Garzón (2005), se suma a este criterio pues ha mencionado que:

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal, lo cual es desarrollo del precepto constitucional que considera como único antecedente las sentencias judiciales definitivas[...] Esto implica, además, el reconocimiento de la carga probatoria tendiente a desvirtuar la presunción, el que en ningún caso pueda invertirse la carga. (p. 92)

Además, la Corte Constitucional también ha establecido los efectos jurídicos de la presunción de inocencia, mediante sentencia No/ 14-15 CN/ 19 emitida el 14 de mayo de 2019, de la siguiente forma:

Del derecho a la presunción de inocencia se derivan algunos efectos jurídicos importantes: i) la presunción de inocencia es derecho que limita al poder punitivo, tanto en lo legislativo como en lo procesal; ii) se debe presumir la inocencia de cualquier persona y, en consecuencia, se le debe tratar como inocente antes y durante el proceso penal; iii) la presunción de inocencia debe vencerse mediante pruebas lícitas de culpabilidad y se la debe declarar en sentencia; y, iv) la carga de la prueba la tiene quien ejerce las funciones de fiscal o la persona que acuse.

Por lo que, ahora nuevamente surge la inquietud de si la presunción de inocencia a nivel constitucional se contrapone con la presunción de enriquecimiento ilícito establecida en el artículo 231 de la Constitución de la República, pues mientras una norma

presume la inocencia del procesado hasta que exista una sentencia ejecutoriada, la otra presume el cometimiento de un delito en perjuicio del patrimonio del Estado, que es imprescriptible y puede ser juzgado en ausencia del procesado.

A pesar de que la presunción de enriquecimiento ilícito debe ser interpretada de la forma en la que más favorezca a la plena vigencia de los derechos constitucionales, no está claro cuál es su verdadero sentido, por lo que, lo óptimo sería que la Corte Constitucional se pronuncie sobre esta última presunción y si esta es o no contraria a la presunción de inocencia.

### **2.5.3 DERECHO A LA IGUALDAD.**

El derecho a la igualdad se encuentra reconocido en la Constitución de la República, en los denominados derechos de libertad, en el artículo 66 numeral 4, el mismo que expresa que: “se reconoce y garantizará a las personas derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.” (CRE, 2008, art 66.4) Frente a esto, Parra (2011) se pronuncia así sobre la igualdad: “La reacción contra la igualdad formal permitió acuñar la frase: “Tratar como ‘iguales’ a sujetos que económica y socialmente están en desventaja, no es otra cosa que una ulterior forma de desigualdad y de injusticia.” (p.226)

En el Código Orgánico Integral Penal, el derecho a la igualdad se encuentra previsto como una garantía rectora del proceso penal, de acuerdo con el art. 5 numeral 5, el mismo que expresa lo siguiente:

[...] es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.” (COIP, 2014, art. 5.5)

La Corte Constitucional colombiana, en relación con la igualdad de armas, se ha pronunciado de la siguiente forma:

Con el principio de igualdad de armas, se quiere indicar que (...) en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad

de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. [...] (Sentencia C – 536 del 28 de mayo de 2008)

De acuerdo con el criterio de este organismo jurisdiccional la igualdad de armas garantiza a las partes que contarán con las mismas oportunidades procesales. En el caso de la defensa, contradecir la prueba presentada por el ente acusador y aportar aquellas que favorezcan al procesado. Parra (2011) menciona que: “Debe entonces reiterarse que este derecho a presentar pruebas, implica igualmente el derecho a conseguirlas, todo ello dentro de las valoraciones comunitarias” (p.225).

Sin embargo, al invertir la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito es la defensa quien debe reunir elementos de descargo para desvirtuar las acusaciones que pesan sobre el procesado, lo cual le atribuye un rol distinto al que debería ejercer. Parra (2011) precisa lo siguiente:

Pues bien, hay otra forma de desigualdad más vedada como es la de imponer la carga de la prueba a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla hasta el punto que se le exige como hemos visto que realice actividades que lindan con el heroísmo para conseguirla, o los más de la veces, esa noción de carga sirve de Celestina para legitimar el triunfo de una parte que administró la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho toral para el proceso.[...]la verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta en determinados casos, a quién le queda más fácil probar un hecho determinado, para que ella la desahogue.(p.226)

En virtud de las razones expuestas, tanto doctrinarias como normativas, se concluye que, si la inversión de la carga de la prueba es total, es decir, le corresponde únicamente al presunto sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito probar su inocencia, esta sería contraria al derecho constitucional a la igualdad.

Ahora es necesario determinar si la inversión de la carga de la prueba es total y si esta releva la obligación de Fiscalía de probar los hechos, para comprobar si realmente se lesionan o no derechos constitucionales.

## **CAPÍTULO III**

### **LA PRUEBA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

#### **3.1 LA PRUEBA**

Toda vez que se ha identificado a qué sujeto procesal le corresponde la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, es oportuno señalar cuáles los medios probatorios con los que se probará el cometimiento de esta infracción y también aquellos por los cuales se podría desvirtúa la acusación.

##### **3.1.1 CONCEPTO E IMPORTANCIA**

De acuerdo con Parra (2011) esta institución procesal actúa de la siguiente forma: “La prueba, entonces tiene una función social, una función humana individual [...] y una función jurídica (hacer posible saber cómo sucedieron los hechos, para aplicar las normas)” (p.3). Posteriormente, el autor manifiesta que el objeto de la prueba judicial está:

[...] constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Lo anterior significa que la noción de tema de prueba resulta concreta, ya que no se refiere sino a los hechos que se deben investigar en cada proceso. (Parra, 2011, p. 135)

En este sentido, el autor menciona que la utilidad de definir el objeto de la prueba ayuda a delimitar la investigación dentro del proceso:

[...] de tal manera que el juez pueda controlar la pertinencia de las pruebas; de otra manera el proceso se convertiría en un instituto inconveniente, donde se podría acreditar la existencia de cualquier hecho, de modo que a su finalización, tendríamos una suerte de residuos arrastrados por una corriente y no una investigación ordenada. (Parra, 2011, p. 135)

Tomando en cuenta estas definiciones, se puede conceptualizar de forma general a la prueba como: el instrumento por el cual se demuestran los elementos fácticos que son alegados por las partes dentro de un proceso; lo cual se realiza a través de medios obtenidos en Derecho. En virtud de ello se puede visualizar la importancia de la prueba en el proceso, Echandía (1966) menciona que:

[...] sin la prueba del derecho estaríamos expuestos a su irreparable violación por los demás, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y secundariamente restablecer el derecho conculcado. Gráficamente expresa ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo. (p.13)

A través de la prueba se comprueban las pretensiones de las partes, lo que buscan demostrar, y por medio de ella -la prueba- el juzgador llegará al convencimiento de que efectivamente existieron o no los hechos alegados, y con base a ello, aplicará la normativa correspondiente al caso.

En Derecho Penal es necesario que la prueba determine que concluya sin lugar a dudas que ha existido la infracción, y para demostrarla se debe contemplar el efectivo cumplimiento de todos los elementos dogmáticos del delito, Rodríguez (2019) menciona que:

Hablar de «delito» significa mucho más que la mera descripción de una conducta, por cuanto, para que una conducta sea delito, debe cumplir la unión seriada de instituciones que consiguen que tal o cual conducta pueda ser denominada como tal. En tal sentido, empezaremos con la definición de delito: «conducta, típica, antijurídica, culpable y punible» [...]. (p. 33)

Además de la identificación de los elementos dogmáticos que constituyen al delito, el fiscal al investigar, también debe demostrar el nexo causal que existe entre la infracción y quien participa en la conducta delictiva, para determinar la responsabilidad del sujeto. Todo esto es considerado por el Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales para sancionar. Vaca Andrade (2015) menciona que “por medio de la

prueba se “confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente” relacionada con la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados.” (p.283)

El criterio anteriormente mencionado ha sido adoptado por el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal, el cual establece que la “finalidad de la prueba consiste en llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.” (COIP, 2014, art. 453)

Para que la prueba cumpla con su finalidad, es necesario que sea incorporada y practicada en la etapa procesal oportuna, cumpliendo con varios principios como: necesidad, legalidad, pertinencia, inmediación, contradicción y oportunidad; los cuales serán explicados a continuación.

### **3.1.2 PRINCIPIOS RECTORES DE LA PRUEBA**

- **Necesidad**

Bajo este principio, la única forma de demostrar la existencia de la infracción y la responsabilidad penal de la persona es a través de la prueba. De acuerdo con Vaca Andrade (2015) “La prueba debe establecer oficialmente la existencia o inexistencia de la infracción” (p.289)

Además, Parra (2011) menciona que “La prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría” (p.68); por lo que el principio de necesidad de la prueba hace que el juzgador no pueda obtener pruebas de forma oficiosa, ni que sentencie basado en presunciones o presentimientos. Escobar (2010) manifiesta que “Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser

revisadas por el superior” (p.32) Según Vaca Andrade (2015) la necesidad de la prueba radica en que:

Si no hay prueba, no se puede dictar sentencia condenatoria, lo cual significa, que jamás se deben dictar sentencias condenatorias sobre la base de presunciones, y peor aún sospechas, bien entendido que aquellas son de tipo subjetivo, en tanto los elementos de prueba son esencialmente objetivos [...] (p. 289)

Parra (2011), para complementar la idea de Vaca Andrade, explica que sin prueba necesaria se violaría el derecho de contradicción “si la decisión se tomará con base en pruebas no aportadas al proceso, o en ideaciones o en conocimientos privados del juez” (p.68)

Por tanto, la necesidad de la prueba no solo es un principio, sino que, además, constituye una garantía para el procesado, ya que únicamente se declarará la responsabilidad penal por medio de elementos probatorios que desvirtúen la presunción de inocencia y demuestren la existencia de la infracción y la responsabilidad de las personas.

Sin embargo, si como parte de la estrategia de la defensa se alega una causa de justificación, excusa legal absolutoria o atenuantes de la infracción investigada estas también deben ser probadas.

- **Legalidad**

Este principio se refiere a que todos los medios de prueba deben ser introducidos al proceso penal observando la normativa constitucional y legal vigente, es decir, únicamente la prueba que ha sido obtenida en Derecho puede ser anunciada y reproducida en el momento procesal correspondiente. La legalidad de la prueba se encuentra prevista en el artículo 76 numeral 4 de la Constitución de la República que

dispone “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.” (CRE, 2008, art.76.4)

El Código Orgánico Integral Penal no incluye al principio de legalidad per se; se establecen límites del principio de libertad probatoria y se puede interpretar que el legislador transformó el principio de legalidad por el de libertad probatoria, ya que en el artículo 454 numeral 4 manda que: “Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas.” (COIP,2014, art. 454.4)

De conformidad con el numeral 6 del artículo 456 la consecuencia jurídica de obtener medios de prueba infringiendo la normativa nacional e internacional es que: “carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal”; de igual forma se prevén distintas instituciones jurídicas que serán inadmitidas, éstas son:

[...] aquellos medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la o el fiscal con la persona procesada o su defensa en desarrollo de manifestaciones preacordadas. Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa (COIP, 2014, art. 454.6)

La norma antes citada es concordante con el artículo 604 del Código Orgánico Integral Penal el cual dispone que estos medios no podrán ser incluidos dentro del proceso penal, y el juez:

[...] excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías previstas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la Constitución y este Código. (COIP, 2014, art.604.4.c)

- **Pertinencia**

Los medios probatorios que serán introducidos en el proceso deben relacionarse directamente con los hechos, la materialidad de la infracción y responsabilidad (grado de participación) de la persona que está siendo procesada.

Citando a Parra (2011), se define a la pertinencia como:

[...] la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de hecho entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso. (p.145)

El mismo autor, explica que: “La pertinencia también tiene que ver con la prueba, y [...]Es la capacidad, que tiene la prueba de aportar hechos que tienen que ver con el objeto de prueba”. (Parra, 2011, p.147)

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 454 numeral cinco del Código Orgánico Integral Penal el cual establece que: “Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada.” (COIP, 2014, art. 454.5)

En virtud de este principio toda prueba que no se relacione a los hechos alegados por los sujetos procesales o que no cumpla con la finalidad de la prueba debe ser excluida del proceso, para que el juzgador aprecie los elementos de convicción pertinentes.

- **Inmediación**

Duce y Baytelman (2004) enuncian que el principio de inmediación “Supone que el tribunal debe recibir y percibir en forma personal y directa la prueba, y que su recepción y percepción debe obtenerse a partir de su fuente directa” (p.62).

Es decir, la prueba debe ser producida en presencia del juez, para que él también pueda realizar preguntas a los testigos y peritos, solicitar a los sujetos procesales que aclaren el contenido de la prueba material, esto debido a que es él quien al finalizar el proceso tiene que emitir una decisión basado en los elementos de convicción.

Parra (2011) se pronuncia al respecto y dice que “[...] la inmediación supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio” (p.67).

Es por eso que, al ser la finalidad de la prueba llevar al juzgador al convencimiento de los hechos que suponen la existencia y la responsabilidad del procesado, es menester que el juez se encuentre presente al momento de practicar la prueba.

Vaca Andrade (2015) menciona que: “Los jueces, es decir, quienes condenando o absolviendo deben apreciar y evaluar personal y directamente la prueba que se les presente, tanto por parte de la acusación o el Fiscal, como por parte de la defensa” (p. 290).

En este sentido, este principio se aplica en dos etapas fundamentales del proceso penal, la audiencia preparatoria y evaluatoria de juicio (donde se anuncia la prueba), y en la audiencia de juicio (donde se practica la prueba anunciada). Este principio se encuentra previsto en el artículo 454 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal dispone que: “Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba.” (COIP, 2014, art. 454.2) De esta forma, participan

activamente dentro de las audiencias en la práctica de la prueba los sujetos de la relación procesal. La intermediación hace posibles otros principios como el de oportunidad, contradicción e igualdad.

En virtud de lo expuesto, la regla general es que el juez o el tribunal aprecie los elementos de convicción o las pruebas enunciadas por los sujetos procesales en audiencia pública y contradictoria; sin embargo, existen casos excepcionales en los que la prueba se reproduce en una fase anterior, y se le denomina prueba anticipada. En este escenario el órgano jurisdiccional debe apreciar los testimonios, las declaraciones de peritos de forma directa y permitir a las partes que la contradigan, para posteriormente someterlos a los criterios de valoración de la prueba.

- **Contradicción**

Moreno Catena (2010) menciona que “la prueba no puede obtenerse unilateralmente, sino respetando la confrontación dialéctica de las partes [...]” (p. 367)

El autor además explica que la contradicción supone también:

El derecho del acusado de confrontarse con los acusadores, con los testigos y con cualquier persona que rinda declaración inculpativa contra él, incluido por tanto los coimputados, pues si no han podido ser sometidos al contradictorio la prueba no puede ser utilizada (p.367)

Parra (2011), en relación con el principio de la contradicción de la prueba, plantea lo siguiente:

La parte contra la cual se postula se opone o aporta una prueba, debe conocerla y ella (la prueba) no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia o con conocimiento de esa parte. Al proceso no pueden ingresar pruebas en forma subrepticia, escondida o a espaldas de la contraparte. (p.70)

El medio probatorio en acto (digamos en reposo), no estimula tanto la necesidad de contradicción. Es en actividad (cuando de él se extraen hechos y se hacen cargos) y por ello se requiere la plasmación expresa de lo que se tiene por probado y los cargos que se formulan (con sustento en ellos) [...]. (p.72)

Asimismo, Vaca Andrade (2015) señala que: “Todas las partes deberían saber por anticipado qué actuaciones probatorias se van a realizar, para que, de ser el caso intervengan en las respectivas diligencias de prueba que se practiquen [...]” (p.352) Es decir, a través de este principio el juzgador garantizará la igualdad de oportunidades de los sujetos procesales mediante providencias que determinen claramente las actuaciones procesales, esto a fin de evitar indefensión.

En efecto, la contradicción es un componente del derecho a la defensa que de acuerdo con el artículo 76 numeral 7 literal h de la Constitución de la República consiste en: “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.” (CRE, 2008, art.76.7.h).

El artículo 454 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal dispone que los sujetos procesales tienen derecho a: “conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.” (COIP, 2014, art. 454.3).

De esta forma, de acuerdo a este principio, el mecanismo más común para ejercer el derecho de contradicción es controvertir, y esto se ejecuta a través de varios mecanismos como por ejemplo: solicitar la exclusión de los elementos de convicción que carecen de eficacia probatoria (COIP, 2014, art. 454.6); por medio del interrogatorio y conainterrogatorio mediante objeciones, (COIP, 2014, art. 502.14); o de incidentes; estos son unos de los tantos instrumentos que tienen los abogados de acuerdo a lo establecido en la ley para contradecir.

- **Oportunidad**

La prueba debe ser anunciada y practicada en una etapa procesal determinada; a esta máxima del Derecho se le ha denominado: principio de oportunidad. En el procedimiento ordinario, el cual es empleado para procesar el delito de enriquecimiento ilícito, el anuncio de elementos de convicción se realiza en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio; mientras que la práctica de la prueba se realiza en la audiencia de juicio. Este principio se encuentra contenido en el artículo 454 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal:

Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio. (COIP, 2014, art. 454.1)

La oportunidad es a la vez una garantía, por cuanto hace efectivo el ejercicio del derecho de contradicción de la prueba anunciada y presentada, y que posteriormente será practicada; sin embargo, existen dos excepciones en las cuales no opera el principio de oportunidad si se cumplen con los requisitos del artículo 617 del Código Orgánico Integral Penal: “1. Que quien solicite, justifique no conocer su existencia sino hasta ese momento. 2. Que la prueba solicitada sea relevante para el proceso.” (COIP, 2014, art. 617)

Este principio se relaciona además con todos los principios anteriores, ya que, al momento de anunciar la prueba en la etapa procesal oportuna, el juez puede evaluar la legalidad y pertinencia de forma directa, por aplicación del principio de inmediación, y como ya se dijo los sujetos procesales pueden controvertir la prueba. Por cuanto la aplicación de todos los principios es concurrente al principio de oportunidad, si este no se cumple podrían vulnerarse las máximas antes mencionadas.

### 3.2 MEDIOS PROBATORIOS

Según el artículo 498 del Código Orgánico Integral Penal constituyen medio de prueba: “1. El documento 2. El testimonio 3. La pericia” (COIP, 2014, art. 498)

#### A) Prueba documental

De acuerdo con Parra (2011) “Documento es cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano” (p.538)

En este punto es necesario precisar que la normativa penal considera al contenido digital como documento, es decir, que este puede contener imágenes, fotografías, textos, entre otros, esto de conformidad al artículo 499 del COIP. De acuerdo con Vaca Andrade los documentos se clasifican en 3 grupos: públicos y privados, por el sujeto y de acuerdo a su fin (p.548). El artículo 205 del Código Orgánico General de Procesos define al documento público de la siguiente forma:

Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente. (COGEP, 2015, art. 205)

Por otro lado, el documento privado de conformidad al artículo 216 del cuerpo normativo antes mencionado: “Es el que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo.” (COGEP, 2015, art. 216) Si el documento privado es sometido a reconocimiento de firma y rúbrica por su autor, se protocoliza y se convierte en un documento público.

La determinación del sujeto que realiza el documento es importante; si este contiene la indicación de la persona que lo hizo es nominativo, si esto no ocurre se

denomina documento anónimo. Únicamente del documento que se conoce su autoría es susceptible de ser autenticado voluntariamente por su autor, debido a que él asume la responsabilidad del íntegro contenido.

Finalmente, por su fin se dividen en: documentos instrumentales y de eventualidad; del primero, Vaca Andrade (2015) explica que: “son los que desde un inicio han sido elaborados con la finalidad de que sirvan como medios de prueba” (p. 549) De ellos hay que distinguir el medio inmediato, como lo es un informe médico; y, el medio mediato, que es, por ejemplo, documentos que formaban parte de expedientes no penales. El mismo autor expresa que, por el contrario los documentos de eventualidad “adquieren su valor probatorio, no en el momento de su creación ni por voluntad de su autor, sino posteriormente en virtud de circunstancias que sobrevienen” (p.549) así pues, una carta escrita por María a José que contiene injurias puede ser utilizado para probar este delito.

El Código Orgánico Integral Penal en el artículo 499 establece que el documento se rige por 6 reglas; la primera es: “No se obligará a la persona procesada a que reconozca documentos ni la firma constante en ellos, pero se aceptará su reconocimiento voluntario.” (COIP, 2014, art. 499.1) Esta regla se fundamenta principalmente en 2 argumentos, el primero respecto a la prohibición de autoincriminación, ya que el documento puede contener información que determine la responsabilidad del imputado o procesado; y que la autenticación debe ser voluntaria, como fue expuesto en párrafos anteriores; ambos sustentados en la presunción de inocencia.

La segunda regla se basa en el principio dispositivo, por medio del cual solo las partes pueden solicitar elementos de prueba, por lo que toda prueba de oficio contraviene esta institución; y esta dispone que: “La o el fiscal o la o el defensor público o privado,

podrá requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio” (COIP, 2014, art. 499.2).

El tercer numeral del artículo mencionado prevé que: “No se hará otro uso de la correspondencia y de los otros documentos agregados al proceso que el necesario para esclarecer los hechos y circunstancias materia del juicio y de sus posibles responsables.” (COIP, 2014, art. 499.3) Esto responde a la intimidad de las personas que, de acuerdo con el artículo 5 del COIP, es uno de los principios rectores del proceso penal.

La cuarta regla corresponde a los documentos mediatos, es decir, a todos aquellos expedientes incorporados por una entidad pública para tener un registro, como puede ser de un proceso en cualquier materia, y explica cómo estos deben ser incorporados al proceso de la siguiente forma:

Si los documentos forman parte de otro proceso o registro o si reposan en algún archivo público, se obtendrá copia certificada de ellos y no se agregará originales sino cuando sea indispensable para constancia del hecho. En este último caso, la copia quedará en dicho archivo, proceso o registro y satisfecha la necesidad se devolverán los originales, dejando la copia certificada en el proceso. (COIP, 2014, art. 499.4)

El quinto numeral está directamente relacionado con la pertinencia de la prueba, tema previamente tratado, y señala que: “No se podrá hacer uso procesal o extraprocesal de ninguno de los datos que suministren los documentos si versan sobre asuntos que no tienen relación con el proceso” (COIP, 2014, art. 499.5).

Finalmente, establece que el contenido digital puede incluirse como medio de prueba documental, de acuerdo con el artículo 500 del Código Orgánico Integral Penal; el contenido digital es: “todo acto informático que representa hechos, información o conceptos de la realidad, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados

para un equipo tecnológico aislado, interconectado o relacionados entre sí.” (COIP, 2014, art. 500). De acuerdo con esta regla, los documentos digitales como CDs, dispositivos de almacenamiento, o cualquier medio tecnológico, deben ser extraídos, materializados y conservados para una idónea eficacia probatoria por medio de un peritaje, por cuanto el documento digital es informático.

#### B) Prueba testimonial

El segundo medio probatorio es el testimonio, según Parra (2011) “El testimonio es un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de hechos en general.” (p. 283) Liebman (1980) expresa que: “Testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros” (citado por Parra, 2011, p.283).

Es decir, solo las personas pueden rendir testimonio sobre los hechos que presenciaron. Para realizar esta declaración dentro del proceso, es necesario que la persona goce de capacidad de ejercicio. Entonces, hay que distinguir entre los absolutamente incapaces y los relativamente capaces que de acuerdo con el artículo 1463 del Código Civil son absolutamente incapaces: “los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lenguaje de señas” (CC, 2005, art. 1463)

Los dementes deben ser entendidos como las personas que tienen discapacidad mental que le prive del pleno uso de la razón, por lo que no podrían rendir testimonio. El término impúber utilizado por el cuerpo normativo antes mencionado debe ser conceptualizado a la luz del artículo 4 del Código de la Niñez y Adolescencia: “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad.” (CNA, 2003, art. 4) Sobre el testimonio de los niños el artículo 502 del Código Orgánico Integral Penal dispone que:

Las niñas, niños y adolescentes declararán sin juramento, pero con la presencia de sus representantes o un curador que será nombrado y posesionado en la misma audiencia de juicio. (COIP, 2014, art. 502.5)

La persona que tenga deficiencia auditiva que no pueda comunicarse de ningún modo no puede rendir testimonio, pero si ella puede darse a entender se procede según lo expresa el artículo 502 Código Orgánico Integral Penal:

Si la persona que declara es sordomuda, la o el juzgador recibirá el testimonio por escrito; si no sabe escribir, con el auxilio de un intérprete o, a falta de éste, de una persona acostumbrada a entender al declarante, a quien se le posesionará en el mismo acto. (COIP, 2014, art. 502)

Respecto a la incapacidad relativa el artículo 1463 en el inciso segundo precisa que: “Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias” (CC, 2005, art. 1463). Los menores adultos son entendidos como adolescentes y observan la regla del artículo 504 del COIP, antes citado; las personas jurídicas evidentemente no pueden rendir testimonio, pero sus representantes sí pueden hacerlo, las personas que se encuentren en interdicción de administrar sus bienes en principio también pueden dar su testimonio.

Ahora, de acuerdo con Parra (2011) “En sentido estricto, no puede rendir testimonio quien tenga la calidad de parte en cualquiera de sus modalidades.” El autor al mencionar modalidades se refiere a las partes procesales, al testimonio que rinden estas personas se le ha denominado testimonio propio, Vaca Andrade (2015) explica que este tipo de testimonio: “es el que rinde un tercero que no es parte en el proceso, ni acusado, ni ofendido ni víctima de la infracción.” (p. 444)

El testimonio propio es denominado por Código Orgánico Integral Penal como testimonio de terceros; el artículo 503 explica que: “Los terceros que no sean sujetos ni partes del proceso, que conozcan de una infracción, serán obligados a comparecer personalmente a rendir su testimonio.” (COIP, 2014, art. 503) Además explica que para cumplir con esta obligación se podrá utilizar la fuerza pública.

Es necesario tomar en cuenta que, la normativa penal también agrega que se advertirá la obligación de comparecer y testificar en audiencia de juicio, únicamente a aquellas personas que rindieron versión ante Fiscal, y esta advertencia se la efectuará al concluir dicha diligencia (COIP, 2014, Art. 582.3); por lo que todo testimonio en juicio de persona que no rindió versión, no deberá ser practicado o será nulo.

Sin embargo, pueden rendir testimonio tanto la persona procesada como la víctima, respecto al primero según la normativa ecuatoriana para realizar la declaración es necesario que sea instruido sobre sus derechos por su defensa, además debe ser voluntaria y sin juramento, el artículo 507 del Código Orgánico Integral Penal establece que “El testimonio de la persona procesada es un medio de defensa” (COIP, 2014, art. 507)

Por otro lado, el testimonio de la víctima, de acuerdo con Vaca (2015) “Es opcional o facultativo si es que no se ha presentado acusación particular; en cambio, es obligatorio si es que sí se ha presentado”(p.483) y de ninguna forma esta declaración podrá ser considerada como prueba suficiente para condenar, salvo en los casos de delitos sexuales que por su naturaleza suelen ser cometidos en la clandestinidad, dicho testimonio de la víctima será suficiente siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos comunes, recogidos por la doctrina y la jurisprudencia, pero que no será expuestos pues no guardan relación con la presente investigación.

De acuerdo con el artículo 507 del Código Orgánico Integral Penal las personas que conozcan sobre el cometimiento de un delito en razón de su profesión y que constituya secreto profesional están exentas de rendir testimonio, esto debido a que si lo hicieran incurran en el delito de revelación de secreto tipificado en el artículo 179 del referido cuerpo normativo.

El juzgador o tribunal en la audiencia de juicio podrá ordenar que el testigo vuelva a declarar cuantas veces lo consideren pertinente (COIP, 2014, art. 503.3); asimismo de conformidad con el artículo 503 numeral 4 “Cuando existan más de veinte testigos y peritos, la o el juzgador con los sujetos procesales determinarán cuántos y quiénes comparecerán por día.” (COIP, 2014, art. 503.4) Es muy importante preservar la imparcialidad del testigo, por lo que si varios testigos van a declarar sobre un mismo tema: “los testimonios se recibirán por separado, evitándose que se comuniquen entre sí, para lo cual permanecerán en un lugar aislado” (COIP, 2014, art. 503.5)

El testimonio debe ser rendido durante la audiencia de juicio de forma presencial o a través de medios telemáticos, sin embargo, se puede realizar un testimonio anticipado siempre que se justifique la imposibilidad de comparecer a la audiencia de juicio. En respeto a los principios de contradicción e inmediación, en la audiencia privada en la que se llevará a cabo el testimonio anticipado, se aplicarán las reglas comunes a todo testimonio en audiencia de juicio (COIP, 2014, art. 502.2).

El testigo debe identificarse y prestar juramento de los hechos que presencié y sobre las preguntas que le realicen los sujetos procesales, además, de acuerdo con el artículo 502 numeral 13 del Código Orgánico Integral Penal el juzgador debe advertirle que en caso de faltar a la verdad bajo juramento incurriría en el delito de perjurio. Se puede agregar que dicho delito es susceptible de cometerse por todo testigo denominado tercero,

ya que se presume versará en este (su testimonio) la buena fe, la lealtad procesal y la verdad. No solo se tipifica este delito en el mismo artículo del perjurio, también puede cometer el falso testimonio, que, a diferencia del perjurio, el cual no es rendido bajo juramento. (COIP, 2014, art.270); y pese a no ser de sujeto calificado, es decir que cualquiera puede ejecutarlo, tiene sus excepciones: el sospechoso y procesado, conforme a lo explicado.

El mismo cuerpo normativo establece que “Los testimonios no podrán ser interrumpidos, salvo que exista una objeción por parte de los sujetos procesales.” (COIP, 2014, art. 502.8) Las objeciones son presentadas cuando las preguntas sean de carácter autoincriminatoria, engañosas, capciosas o impertinentes. (COIP, 2014, 502.15). De igual forma, se prevé que tanto el imputado como su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad no están obligados a declarar en contra del procesado; engañosas, capciosas, impertinentes o sugestivas; estas últimas no pueden ser alegadas en el contra interrogatorio.

### C) Prueba pericial

El tercer medio de prueba es la pericia. El Código de Procedimiento Penal Colombiano dispone que la prueba pericial es requerida “cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados” (CPPC, 2004, art. 405) Esta prueba es aportada debido a que es imposible que el juez o tribunal conozca sobre todos los aspectos que se le presenten, el juez, se presume al menos, que es experto en derecho, por lo que ignora otras materias.

Para ello, de conformidad con el artículo 511 del Código Orgánico Integral Penal rendirán un testimonio en juicio, aquellos expertos que han dedicado su vida a una carrera distinta a la jurídica, y una vez que se solicite de su experticia, realizarán informes que

argumentarán, y estos versarán sobre un tema controvertido, en los que explicarán, aclararán y detallarán el trabajo que realizaron y la ciencia tras el mismo, en especial porque son “profesionales expertos en el área, especialistas titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia y especialidad, acreditados por el Consejo de la Judicatura.” (COIP, 2014, art.511.1). De ser el caso, si el perito incurre en una de las 12 causales establecidas en el artículo 572 de la normativa antes referida, deberá excusarse, en caso de no hacerlo el informe que se presente carecerá de valor probatorio.

La norma antes citada además establece que al elaborar el peritaje es necesario que se determine: “lugar y fecha de realización del peritaje, identificación del perito, descripción y estado de la persona u objeto peritado, la técnica utilizada, la fundamentación científica, ilustraciones gráficas cuando corresponda, las conclusiones y la firma.”(COIP, 2014, art.511.6) La pericia debe ser presentada dentro del plazo y es susceptible de aclaraciones y ampliaciones a petición de parte.

Es preciso enfatizar que el informe pericial por sí mismo no constituye prueba alguna, sino que es necesario que quién lo realizó comparezca a la audiencia de juicio para “sustentar de manera oral sus informes y contestar los interrogatorios de las partes” (COIP, 2014, art.511.7).

Finalmente, para que constituya prueba, los tres elementos de convicción deben ser anunciados en la audiencia preparatoria de juicio, practicados en la audiencia de juicio, se agreguen al expediente de juicio, y estos terminarán por ser valorados por el juez para que los incorpore como prueba al proceso y resuelva motivando.

### 3.3 VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Una vez que han sido presentados los elementos de convicción, el juez debe valorar la prueba. Vaca Andrade (2015) señala que la valoración de la prueba “es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba” (p.324) Existen tres sistemas de valoración de la prueba: sistema de valoración de la prueba tasada, íntima convicción y la libre valoración.

El primer sistema es explicado por la Corte Constitucional Boliviana:

[...] la ley indica, por anticipado, el valor o grado de eficacia que tiene cada medio probatorio, lo que implica que el juez no tiene libertad de apreciación, sino que, ante determinada prueba le deberá atribuir el valor o eficacia que indica la ley. (SC1480/2005-R, 2005)

En cuanto al sistema de íntima convicción el juzgador cuenta con libertad absoluta para valorar la prueba, incluso prescindiendo de ella para dictar sentencia, esto debido a que el órgano jurisdiccional no está obligado a determinar si la prueba ha sido o no efectiva (Machado, 2018) lo cual, sin duda genera arbitrariedad. Parra (2011) llama a este sistema de libre convicción, y menciona que:

Si nos detenemos a pensar con algún cuidado lo anterior, habría que convenir que éste realmente no es un sistema, no hay persuasión, lo que hay es imposición. El que tiene la potestad de valorar la prueba, hace manifestación de su voluntad y en eso consiste la valoración. En otras palabras, es el reinado de la arbitrariedad (p.94)

El sistema de libre valoración basa su apreciación en la denominada sana crítica; de acuerdo con Gorphe (1950) supone deducciones lógicas a partir de datos puestos en conocimiento de los jueces, de esta forma: “La decisión debe ser la resultante lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba” (p.12). Es decir, bajo este sistema el juez debe estar convencido completamente de los hechos por medio de las pruebas presentadas para dictar sentencia, por lo que se

elimina la arbitrariedad, ya que en la parte considerativa de la decisión jurisdiccional el juzgador debe motivar.

De conformidad con el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República todas las resoluciones del poder público deben ser motivadas, puesto que: “No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.” (CRE, 2008, art. 76.7.1).

La motivación es la característica más importante del sistema de libre valoración de la prueba. El ordenamiento jurídico ecuatoriano adoptó este sistema de valoración, según el artículo 86 del Código Procesal Penal que disponía: “Toda prueba será apreciada por el juez o Tribunal conforme a las reglas de sana crítica” (CPP, 2000, art.86). A pesar de que en la actual normativa penal no se establece este sistema expresamente, por disposición constitucional sí se aplica, debido a que toda decisión judicial debe ser motivada. Además, el Código Orgánico Integral Penal prevé que “La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.” (COIP, 2014, art. 457)

El contenido del criterio de legalidad al que se refiere al artículo antes mencionado es igual al del principio rector de legalidad previamente explicado; en cuanto a la autenticidad, de acuerdo con Cabanellas (1993) es: “lo acreditado de modo verdadero, cierto y positivo. Lo autorizado o legalizado de modo que haga fe pública.” (p.33).

La autenticidad puede ser verificada tanto en la prueba documental, en la testimonial como en la pericial. Al respecto, el inciso segundo del artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal dispone que: “La demostración de la autenticidad de los

elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente” (COIP, 2014, art. 457).

Sobre el sometimiento a la cadena de custodia Vaca Andrade (2015) expresa que: “es una garantía en la conservación de las llamadas pruebas materiales: objeto del delito, instrumentos y efectos, armas y demás elementos de convicción” (p. 332). Este criterio es acorde al artículo 456 del Código Orgánico Integral Penal que dispone: “se aplicará cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original” (COIP, 2014, art.456). En el segundo inciso de la norma mencionada se identifica tanto el inicio y el fin de la cadena de custodia, así como los sujetos responsables de ésta:

La cadena inicia en el lugar donde se obtiene, encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente. Son responsables de su aplicación, el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, el personal competente en materia de tránsito y todos los servidores públicos y particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo el personal de servicios de salud que tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación. (COIP, 2014, art. 456.2)

Sobre el grado actual de aceptación científica de los principios que fundamentan los informes periciales, Vaca Andrade (2015) menciona que: “debe aclararse que esta afirmación no se refiere exclusivamente a los informes periciales, sino a todas las pruebas que se presenten al juzgador, quien debe valorarla con total libertad, pero respetando los principios de la recta razón.” (p.333)

En el sistema de libre valoración de la prueba la apreciación se sustenta en la sana crítica, que, tiene varios componentes, así por ejemplo Parra (2011) considera que:

Para nosotros las reglas de la sana crítica son:

- a. Pautas que elaboramos (para juzgar), utilizando como materiales el ambiente creado por el proceso en cuestión (“pequeña historia del

- proceso”), las máximas de la experiencia y si es del caso las reglas técnicas, científicas o artísticas (prueba pericial).
- b. Sana (objetiva,sincera).
  - c. Crítica: Juzgar de conformidad con las reglas de la lógica, para lo cual se debe narrar y hacer discurso (es decir, informar) (p.522)

En cuanto a la valoración de los testimonios, el numeral 1 del artículo 502 del Código Orgánico Integral Penal dispone que: “El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas.” (COIP,2014, art. 502.1)

### **3.4 MEDIOS PARA PROBAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.**

De acuerdo con el artículo 279 del COIP los elementos constitutivos del tipo penal de enriquecimiento ilícito que deben probarse son: que el sujeto activo actuó en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, el incremento patrimonial (ya sea por el aumento de capital o la disminución de obligaciones) de el servidor, de terceros o por medio de persona interpuesta, y, que el incremento provenga del abuso de su cargo o función. Es necesario recordar que, de acuerdo con el monto al que ascienda el incremento se fija la sanción.

Los elementos antes referidos son demostrados a través de los medios probatorios (prueba documental, testimonial y pericial) de la siguiente forma:

#### **A) Sujeto activo: servidor público**

Para probar que el sujeto activo es servidor público es necesario identificar a qué parte del sector público pertenece el funcionario. Por lo que se debe distinguir entre las dignidades de elección popular y a los servidores públicos con nombramiento o con contrato.

De conformidad con la norma fundamental las dignidades de elección popular son: 1. Nacional: presidente y vicepresidente, asambleístas nacionales; 2. Regional: gobernador regional, asambleístas regionales, consejo regional; 3. Provincial: prefecto, viceprefecto y consejos provinciales; 4. Cantonal: alcalde, vice alcalde y concejales municipales; 5. Parroquial: Juntas parroquiales rurales. (Guerrero, 2017)

Las autoridades electorales al proclamar electos a los candidatos expiden una resolución de adjudicación y posteriormente “emitirá las respectivas credenciales, que serán entregadas por el presidente del Consejo Nacional Electoral, de la Junta Regional o Provincial Electoral según corresponda.” (LOE, 2009, art.166) Con la constancia de la entrega de credenciales en el libro de actas, quedan habilitados para su posición en la función correspondiente. De acuerdo con el Código de la Democracia una de las funciones del Consejo Nacional Electoral es “posesionar a quienes resulten electas o electos” (LOE, 2009, ART. 25) Una vez posesionadas las dignidades de elección popular podrán ejercer las funciones y atribuciones conferidas durante el período determinado por la Constitución y la ley.

Entonces, si el delito ha sido cometido por alguna persona en una de las dignidades de elección popular antes mencionadas, para demostrar su cargo, es necesario adjuntar como medio de prueba la resolución de adjudicación emitida por el Consejo Nacional Electoral y el acta formal de posesión de ser el caso.

A pesar de que se trate de hechos públicos y notorios y que por tanto, en teoría no deberían ser probados, como ejemplo quien ostenta la calidad de Presidente de la República, sí deberían ser demostrados dentro del proceso penal como ha sido manifestado con anterioridad.

Por otro lado, según el artículo 16 de la LOSEP “Para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora” (LOSEP, art. 16); el nombramiento puede ser: permanente, provisional, de libre nombramiento y remoción, y de período fijo. Los contratos y nombramientos deben ser registrados en la Unidad de Administración de Talento Humano de cada entidad. En este caso Fiscalía, para probar la calidad del servidor público es necesario adjuntar como prueba documental el contrato o nombramiento.

#### B) Incremento patrimonial

Continuando con la prueba de este delito, se debe evidenciar que se ha producido un incremento patrimonial injustificado del sujeto activo, de una tercera persona o a través de una tercera persona, como fue explicado en el capítulo uno. Para este punto se puede probar mediante prueba documental, pericial y testimonial.

En cuanto a la prueba documental, se puede demostrar a través de escrituras públicas o documentos privados en las que adquiera bienes, acciones o derechos, estados de cuenta bancarios, certificados otorgados por registros públicos como el Registro de la Propiedad o Registro Mercantil, certificado único vehicular otorgado por la Agencia Nacional de Tránsito, las declaraciones de impuestos realizadas ante el Servicio de Rentas Internas, otros documentos ya sean públicos o privados que prueben la extinción de obligaciones, facturas, roles de pago y por supuesto las declaraciones patrimoniales realizadas por el servidor público. Según el artículo 31 numeral 9 inciso segundo de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la declaración:

[...] deberá ser presentada a la Contraloría General del Estado, al inicio y al finalizar sus funciones y cada dos años, acompañando en este caso un historial de los bienes adquiridos y transferidos durante este lapso; o, en un período menor al señalado, cuando se separen de sus funciones en forma anticipada por cualquier causa. La investigación patrimonial se hará extensiva a los parientes

comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y al cónyuge del funcionario declarante. (LOCGE, 2002, art. 31.9)

Respecto a la prueba testimonial, se puede verificar el incremento patrimonial a través del testimonio de las personas que pueden llegar a conocer sobre el delito como por ejemplo los analistas de Contraloría que elaboraron el informe de indicios de responsabilidad penal de ser el caso, así como también los testimonios de los analistas financieros de la Unidad Análisis Financiero y Económico, el Director de la Unidad de Talento Humano o de la Unidad Financiera, analistas de una entidad bancaria o crediticia, arrendatarios, o en general quien pueda dar fe sobre el incremento patrimonial.

Finalmente, en la prueba pericial es preciso recordar que el informe realizado por el perito por sí mismo no constituye prueba, sino que es necesario que el experto explique la metodología utilizada y las conclusiones a las que llegó en audiencia de juicio. En el caso estudiado pueden existir pericias contables financieras, de auditoría, de avalúo de los bienes, acciones o derechos que hayan obtenido los sujetos activos.

Además, es importante determinar quiénes se beneficiaron patrimonialmente, ya sea solo el servidor público, él y una tercera persona, un tercero o por medio de persona interpuesta.

### C) Abuso del cargo o función

A fin de probar este elemento es necesario distinguir la fuente de donde provienen sus funciones o atribuciones, por ejemplo: contrato, constitución, ley, nombramiento, etc. Pues es necesario conocer si su calidad de servidor público podía disponer sobre bienes públicos o enriquecerse. Por lo que, la prueba que se aporte debe verificar que el incremento patrimonial se haya obtenido durante el período del ejercicio de sus funciones o después de ellas.

De acuerdo a lo explicado, no se elimina la responsabilidad que tiene Fiscalía de probar los elementos que hacen presumir la posible existencia del delito de enriquecimiento ilícito, sino que, una vez que los tres elementos han sido probados, es entonces cuando se invierte la carga de la prueba, para que el procesado justifique que el incremento patrimonial ha sido obtenido por medios lícitos.

Lo anteriormente expresado implica que Fiscalía debe investigar la conducta delictiva de tal forma en la que al haber agotado todos los recursos no pueda demostrar la procedencia del beneficio patrimonial, pero sí pueda los demás elementos del tipo.

### **3.5 LOS ELEMENTOS PROBATORIOS Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN ECUADOR.**

En este subcapítulo se analizarán los medios de prueba utilizados tanto por Fiscalía como por la defensa del procesado, presentados, incorporados y valorados en varios procesos que se han tramitado por el delito de enriquecimiento ilícito.

#### 1) Caso Odebrecht.

##### A) Hechos

El primer proceso es: No. 17721-2016-1564 conocido por la Jueza de Garantías Penales y posteriormente por el Tribunal de Garantías Penales de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia en contra de Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, quien fue gerente de PETROECUADOR y posteriormente fue nombrado y registrado el 25/11/2015 como Ministro de Hidrocarburos, durante el período de sus funciones obtuvo un incremento patrimonial no justificado de \$ 807.273,08 dólares.

## B) Anuncio de prueba en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio

El acta de la audiencia preparatoria de juicio, con fecha 17/03/2017, señala que Fiscalía anunció como medios de prueba documental: nombramiento de Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli como Ministro de Hidrocarburos, Informe de indicios de responsabilidad penal, copias certificadas de la Asistencia Penal Internacional en las que indican que la Compañía CAPAYA mantenía una cuenta en Capital Bank (Panamá), cuyo único beneficiario era el ex Ministro, por una suma de \$ 174.267.54, la misma que fue retirada el 29/04/2016; información de la dirección de Talento Humano del Ministerio de Hidrocarburos en la que señala las funciones que cumplía; declaraciones del impuesto a la renta del Sr. Pareja de 2014-2015, declaraciones patrimoniales; cesión de derechos del inmueble ubicado en la urbanización la Rivera del Batán por un valor de \$ 221.547.00 a la Compañía Geopronsa S.A y posteriormente compraventa de Castelago S.A.; información de los roles de pago de Carlos Pareja y su esposa, quien también era funcionaria pública; copia certificada de la donación a favor de sus hijos por un valor de \$ 361.547.00; información del Banco Pacífico y Banco Bolivariano sobre las transacciones bancarias efectuadas.

El titular del ejercicio de la acción penal pública anunció únicamente un medio de prueba pericial: auditoría contable realizado por un perito experto en contabilidad en la que determina un incremento patrimonial de \$ 1.266.849.13 dentro del período 28/02/2014-11/05/2016; y finalmente los testimonios de: la supervisora de auditoría de la Contraloría General del Estado, de la auditora de la Contraloría General del Estado, de la Analista de Operaciones de la UAF (antigua Unidad de Análisis Financiero del Ecuador).

Mientras que la defensa de Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli anuncia como medios de prueba: el examen especial realizado por Contraloría General del Estado el

16/12/2014 a las declaraciones patrimoniales cuando ostentaba las calidades de: Cónsul, Viceministro de Hidrocarburos, Gerente de Refinación de PETROECUADOR, dentro del período comprendido entre el 01 de junio de 2009 y el 27 de febrero de 2014; copia de archivo del Consejo de la Judicatura sobre una declaración de bienes ante un notario del cantón Quito; documento del Registro de la Propiedad del cantón Samborondón, clave catastral No. 67322 de un solar de la urbanización Rivera del Batán; y un escrito presentado por el Sr. Pareja presentado a Fiscalía con fecha de 08 de diciembre de 2016.

Además, la defensa solicita la exclusión de copias certificadas de la Asistencia Penal Internacional, porque este medio de prueba ha sido utilizado en contra de Carlos Pareja como prueba en el juicio número 172282-2016-04457 de cohecho por lo que alega que se vulnera el principio de non bis in idem. Por otro lado, Fiscalía pide que se excluya el examen especial de Contraloría, ya que el período analizado no es pertinente para la causa, y alega que las demás pruebas anunciadas constan únicamente como copias simples, por lo que no cumple con lo previsto en el artículo 499 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 194 del Código Orgánico General de Procesos, como norma subsidiaria de acuerdo a lo previsto en la Disposición General Primera del COIP.

En cuanto a la solicitud de exclusión de la defensa, la Jueza de Garantías Penales mediante decisión jurisdiccional determina que las pruebas presentadas por Fiscalía no vulneran la garantía de non bis in idem, ya que no existe identidad de hechos, subjetiva (sujetos procesales), ni en la materia del proceso, por lo que admite los medios probatorios; respecto a las objeciones de Fiscalía, la juzgadora determina que el examen especial de fecha 16 de diciembre de 2014 es anterior a los hechos expuestos, por lo que es excluido; las demás pruebas que constan en copias simples son admitidas bajo prevención de conseguir copias certificadas.

De los medios de prueba anunciados por las partes se puede visualizar que cumple con tres de los principios explicados en el primer subcapítulo que son: oportunidad, inmediación, pertinencia y legalidad; ya que la prueba fue anunciada en la etapa procesal oportuna, esta es, la audiencia preparatoria de juicio, en presencia del juzgador, quien evaluó la pertinencia de los elementos de convicción y que estos no hayan sido obtenidos contraviniendo el ordenamiento jurídico, razón por la cual se aceptó dichos elementos.

### C) Práctica de prueba en la audiencia de juicio

En la audiencia de juicio, se presentaron y practicaron estos medios anunciados tanto por Fiscalía como por la Defensa; el Tribunal de Garantías Penales de la Corte Nacional de Justicia determina en sentencia que:

El incremento patrimonial, para que sea punible conforme el tipo penal lo determina, debe carecer de justificación, es decir, no poder justificar razonadamente, lo que implica que esta acción está constituida por una ausencia absoluta de probanza de la procedencia del enriquecimiento, o a su vez, no hacerlo suficientemente. (p.25)

Se puede observar la inversión de la carga de la prueba, debido a que le corresponde en este caso al procesado justificar la procedencia del incremento patrimonial, ya que si esto no sucede se configura el tipo penal. Dentro de la parte considerativa de la sentencia, el órgano jurisdiccional declara que:

ha quedado demostrada cual fue la conducta humana que llevó a cabo el acusado Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli, esto es que en su calidad de funcionario público, incrementó su patrimonio injustificadamente, lo que se reflejó de las declaraciones patrimoniales juramentadas que realizó durante el ejercicio de los cargos estatales[...]que fueron motivo de examen especial por parte de la Contraloría General del Estado, sustentado a través de los testimonios rendidos por Silvia Jimena Pérez Vinuesa, Supervisora de Autoría, y Andrea Fernanda Zumárraga Martínez, Directora Jefa de Equipo [...] Por su parte el perito contable Diego Fernando Paéz Salguero, en su declaración sostuvo que el incremento patrimonial del acusado asciende a la cantidad de 1.236.849,00 dólares Americanos, monto económico que a decir de las mencionadas funcionarias de la Contraloría General del Estado, no pudo ser justificado por el procesado. (p.23)

El Tribunal realiza un ejercicio de determinación de todos los elementos dogmáticos del delito, iniciando con la conducta, que esta debe ser humana, consciente, voluntaria y externa. A través de la valoración de la prueba de las declaraciones patrimoniales, el examen realizado por Contraloría y el informe pericial que efectivamente se ha incrementado el patrimonio injustificadamente, el Tribunal concluye que es evidente que la prueba presentada por Fiscalía cumple con su finalidad y que el procesado no ha justificado su incremento patrimonial; el órgano jurisdiccional expresa que:

Al ser el delito de enriquecimiento ilícito de resultado exige una relación de causalidad, misma que conforme a la prueba aportada ha quedado establecida, ya que el hoy acusado, al no declarar ingresos adicionales a los percibidos como remuneración en razón de los cargos públicos ejercidos durante el tiempo del examen especial, mismos que no han sido justificados, en legal y debida forma, dan cuenta de su incremento patrimonial ilícito, lo que genera una afectación al bien jurídico protegido, produciendo un resultado en el mundo exterior, razón por la que no existe duda acerca de la subsunción de dicha conducta en el injusto penal aludido. (p. 28)

2) Número de proceso 17282-2017-03000

A) Hechos

Maria Sol Larrea Sánchez durante el 01 de enero de 2010 hasta el 15 de junio de 2015 ostentó la calidad de Directora General del Hospital Carlos Andrade Marín, Coordinadora Nacional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Asesora del despacho del Ministro de Industrias y Productividad y Coordinadora General de Planificación del Ministerio de Industrias y Productividad. Durante este período, presentó varias declaraciones patrimoniales como lo establece la Ley.

Contraloría General del Estado en ejercicio de sus atribuciones, revisa las declaraciones patrimoniales de la funcionaria pública, y le solicita que complete la información, sin embargo, la servidora pública no pudo justificar valores inusuales, por

lo que, Contraloría emite un Informe de Responsabilidad Penal, el cual fue remitido hacia Fiscalía, organismo que inicia una investigación previa el 26 de junio de 2017.

En el informe se estableció la imposibilidad de determinar el origen de los fondos de transferencias y depósitos realizados, además, de bienes adquiridos, entre ellos, dos inmuebles y un vehículo por un valor de \$ 14.000 dólares, el primer inmueble correspondía a un departamento avaluado en \$274.784 dólares y el segundo, pertenecía a una oficina avaluada en \$134.320 dólares.

La fiscal a cargo de este caso al determinar que podría tratarse de un delito en contra de la administración pública y con el fin de investigar los hechos, el 3 de agosto de 2017, solicita, mediante acto urgente, ante juez competente se dicte una orden de detención con fines investigativos. A las 00h10 del 4 de agosto de 2017 la orden es ejecutada en el Aeropuerto Mariscal Sucre y la señora Larrea es puesta dentro del término legal ante la Unidad con competencia en delitos flagrantes.

#### B) Audiencia de calificación de flagrancia

El 4 de agosto de 2017 se instala la audiencia de flagrancia por el presunto delito de enriquecimiento ilícito, el primer punto que considera la juez es la detención realizada en la madrugada del mismo día, calificandola como legal. Posteriormente, Fiscalía formula cargos a María Sol Larrea por el delito de enriquecimiento ilícito y anuncia los elementos de convicción que sustentan este pedido entre ellos: el certificado patronal emitido por el IESS, el informe ejecutivo realizado por el SRI, los estados de cuenta de tarjeta diners y visa, el certificado de movimientos bancarios emitido por el Banco Pichincha, el certificado de movimiento migratorios, el certificado de propiedad de bienes inmuebles emitido por el Registro de la Propiedad y el informe suscrito por la UAFE.

Adicionalmente, Fiscalía pide como medida cautelar personal la prisión preventiva y como medida cautelar real la incautación y prohibición de enajenar de los bienes de la señora Larrea.

La jueza a cargo de la Audiencia acepta el pedido de formulación de cargos en contra de la Maria Sol Larrea y notifica a las partes con el inicio de la instrucción la misma que tuvo una duración de 90 días la cual debía tramitarse mediante procedimiento ordinario, por lo que envía el expediente a la Unidad Judicial Penal de Iñaquito; además concede las medidas cautelares tanto personales como reales, sobre este último punto la procesada interpuso recurso de apelación.

#### C) Unidad Judicial Penal

El 13 de septiembre de 2017 la jueza de primer nivel avoca conocimiento sobre el caso remitido, el 13 de noviembre del mismo año se califican dos acusaciones particulares presentada por los representantes del Ministerio de Industrias y Productividad e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ambas son admitidas a trámite, dándose a conocer a la procesada por medio de citación.

La procesada decide acogerse al procedimiento abreviado, el cual implica la aceptación de la materialidad del delito, responsabilidad y la pena privativa de la libertad, esto de ninguna manera significa que se imponga de inmediato sentencia condenatoria, debido a que la autoincriminación es una vulneración a los derechos de las personas que atraviesen un proceso penal, esto de acuerdo con el artículo 77 numeral 7 literal c y demás normas, tanto nacionales como internacionales. Además, la carga de la prueba sigue recayendo en el titular del ejercicio de la acción penal pública de conformidad con el artículo 509 del Código Orgánico Integral Penal:

Si la persona investigada o procesada, al rendir su versión o testimonio, se declara autora de la infracción, la o el fiscal no quedará liberado de practicar los actos procesales de prueba tendientes a demostrar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado. (COIP, 2014, art. 509)

El 8 de marzo de 2018 se lleva a cabo la audiencia bajo este procedimiento en el que se presentan los siguiente elementos como prueba del delito: informe de responsabilidad penal emitido por Contraloría General del Estado, informe ejecutivo emitido por el SRI, certificación del SRI en el cual se indica que no ha declarado en el ejercicio fiscal 2008-2017, informe remitido por la UAFE, informes de movimientos bancarios tanto nacionales como en el extranjero, certificado emitido por la unidad de talento humano de cada una de las instituciones en las que laboró, declaraciones patrimoniales juradas notariales, escrituras públicas en las que adquiere el dominio de los inmuebles que no se pudo determinar su procedencia, informe pericial en el que se señala el incremento patrimonial de la servidora, los cuales son diferentes a la declaración de impuestos.

Los elementos probatorios antes descrito junto con la aceptación del delito que se le imputa dentro de audiencia fueron suficientes para probar la materialidad y autoría de la señora Larrea.

Al terminar la audiencia se dicta sentencia condenatoria según lo dispuesto por el artículo 637 del Código Orgánico Integral Penal, en la que se determina que María Sol efectivamente cometió el delito de enriquecimiento ilícito en calidad de autora y se le conmina a reparar al Estado ecuatoriano por un monto de \$ 3.600.000.00, además de una pena privativa de la libertad de un año nueve meses.

### **3.6 POSIBLES CAMBIOS NORMATIVOS AL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.**

El sistema penal acusatorio le otorga un rol especial al órgano de acusación, es decir, Fiscalía, quién dirige la investigación pre procesal y procesal y quién tiene la obligación de aportar con elementos de convicción y prueba que demuestren la materialidad y responsabilidad del delito.

Debido a que Ecuador al adoptar el sistema penal acusatorio se regirse por las reglas y principios de este, en principio no sería posible pensar en la inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, existen casos en los que la inversión es necesaria pues la única forma de comprobar el cometimiento del delito es por medio de la información aportada por el presunto sujeto activo, este es el caso del delito de enriquecimiento ilícito.

La forma en la que está redactado el tipo penal es ambigua, pues prescribe lo siguiente “que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial **injustificado**” (COIP,2014, art.279), dando a entender que es necesaria la justificación del incremento y por tanto invirtiendo la carga de la prueba. Sin embargo, según lo explicado en la presente disertación no es una inversión total y única de la carga de la prueba, pues Fiscalía conserva su obligación de aportar pruebas que verifiquen el cometimiento del delito.

Además, se pudo visualizar en los dos procesos analizados en el subcapítulo anterior, que la forma en la que se prueba el delito de enriquecimiento ilícito es bastante sencilla debido a los presupuestos normativos, y esto es así pues lo que pretenden los legisladores es eliminar la impunidad en casos de corrupción.

Considero que si cualquier tipo penal exige la colaboración del presunto sujeto activo para que se compruebe la existencia del delito y por tanto invertir condicionada y sutilmente la carga de la prueba esta posibilidad debe estar delimitada con claridad en una norma dentro del cuerpo normativo penal, esto con la finalidad de que no se vulneren derechos y para eliminar la aplicación de estas normas con arbitrariedad.

Por lo que, desde mi punto de vista es necesario agregar un artículo al Código Orgánico Integral Penal que prevé lo siguiente: en los casos en los que Fiscalía haya agotado todos los recursos investigativos y esta información sólo pueda ser proporcionada

por el presunto sujeto activo, será deber de éste aportar pruebas para desvirtuar la acusación.

## **CONCLUSIONES**

El delito de enriquecimiento ilícito tiene varias particularidades, entre ellas: el juzgamiento en ausencia del procesado, la imprescriptibilidad de la acción, del ejercicio de la acción y de la pena, asimismo, existe una presunción constitucional de enriquecimiento ilícito contenida en el artículo 231 de la Constitución.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano son varios los casos en los que sea por orden constitucional o legal se invierte la carga de la prueba, esto responde a varios principios que el Estado busca precautelar, entre ellos, el más importante, se encuentra la lucha contra la corrupción, como ocurre en el caso del delito de enriquecimiento ilícito y por ello ocurre esto en el delito de enriquecimiento ilícito.

Del estudio realizado se concluye que para adecuar la conducta de una persona al tipo penal de enriquecimiento ilícito, Fiscalía General del Estado debe probar el cargo o potestad de servidor público, el incremento patrimonial de él o de un tercero y, finalmente, el abuso de su cargo o función. De los elementos constitutivos del tipo penal únicamente tiene sentido invertir la carga de la prueba respecto del origen del incremento patrimonial, propio o de terceros.

Entonces, es necesario observar la presunción de inocencia y el artículo 195 de la Constitución, disposiciones que no eximen a Fiscalía de su responsabilidad de investigar

y probar tanto el cometimiento de la infracción como la responsabilidad de la persona, por lo que el titular del ejercicio de la acción penal pública debe intentar agotar los medios a su disposición para probar los tres elementos constitutivos del delito de enriquecimiento ilícito y solo bajo este escenario la carga de la prueba podrá invertirse, exigiendo al procesado aportar con pruebas que justifiquen la procedencia del incremento patrimonial y de esta forma desvirtuar la acusación.

Por lo tanto, la inversión de la carga de la prueba es necesaria, pero no debe ser interpretada de forma amplia y absoluta, debe tener un límite, que es precisamente el respeto al debido proceso y la presunción de inocencia.

## **RECOMENDACIONES**

En mérito de lo expuesto, es necesario crear a través de una o varias normas jurídicas en las que se prevean los casos y la forma en la que se puede invertir la carga de la prueba. Por lo que, sugiero incorporar una norma jurídica de carácter procesal en la que se detalle Fiscalía debe agotar todos los recursos investigativos que tenga a su alcance y solo cumplido este estándar se pueda invertir la carga de la prueba.

Se recomienda presentar una acción de interpretación ante la Corte Constitucional respecto del artículo 231 inciso segundo, el cual dispone “La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito.” (CRE,2008, art.231)

Recomiendo esto, toda vez que es necesario conocer el alcance de la interpretación de este artículo por la máxima autoridad en materia constitucional, pues de la forma en la que está redactada la norma constitucional no se comprende si la presunción

es una forma en la que Fiscalía puede conocer el delito de enriquecimiento ilícito o si es una regla que guía al juez para juzgar esta conducta delictiva.

## BIBLIOGRAFÍA

- Araujo, M (2014) Consultor COIP. Quito: Corporación nacional de estudios y publicaciones.
- Asamblea Nacional. Código de la Niñez y Adolescencia [Ley 100 de 2003] RO. 03 de enero de 2003. Reformado (29 de julio de 2019)
- Asamblea Nacional. Código Orgánico General de Procesos. RO. 22 de mayo de 2015.
- Asamblea Nacional. Código Orgánico Integral Penal RO. 10 de febrero de 2014. Reformado (24 de diciembre de 2019)
- Asamblea Nacional. Ley de Contraloría General del Estado. R.O. 12 de junio de 2002. Reformado el 07 de julio de 2017.
- Asamblea Nacional. Ley de la Procuraduría General del Estado. R.O. 13 de abril de 2004. Reformado (03 de enero de 2014)
- Asamblea Nacional. Ley Orgánica del Servicio Público R.O. 06 de octubre de 2010. Reformado (22 de junio de 2020)
- Asamblea Nacional. Ley Orgánica reformatoria al Código Orgánico Integral Penal. R.O. 24 de diciembre de 2019.
- Asamblea Nacional. Ley para la Presentación y Control de Declaraciones Patrimoniales Juradas. RO. 8 de abril de 2016.
- Bernal, H y Hernández, S. (2001) *El debido proceso disciplinario*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Binder (1999) *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: AD-HOC
- Bryner, N. (2015) *Aplicación y cumplimiento ambiental*. Recuperado de:[http://www.oas.org/es/sedi/DSD/ELPG/Eventos/ESP-IA\\_Congress\\_Selected\\_Abstracts.pdf](http://www.oas.org/es/sedi/DSD/ELPG/Eventos/ESP-IA_Congress_Selected_Abstracts.pdf)
- Cabanellas, G. (1993) *Diccionario Jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cerezo Mir, J (2008) *Derecho Penal Parte General*. Montevideo- Buenos Aires editorial B de f

Congreso Nacional [Ley No. 6] R.O. 29 de agosto de 1985

Congreso Nacional Código Civil. (10 de mayo de 2005) RO. 24 de junio de 2005

Congreso Nacional. Código Penal 197. RO. 22 de enero de 1971. Derogado.

Congreso Nacional. Código de Procedimiento Penal. RO. 13 de enero de 2000. Derogado.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.

Constitución Política de 1998 [Const.]. Derogada

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos

Corte Constitucional (14 de mayo de 2019) Sentencia No/ 14-15 CN/ 19.

Corte Constitucional (18 de noviembre de 2010) Sentencia No. 029-10-SCN-CC.

Corte Constitucional (2 de julio de 2019) Sentencia No. 5-13 y acumulados CC.

Corte Constitucional Boliviana (22 de noviembre de 2005) Sentencia: SC1480/2005-R, 2005.

Corte Constitucional Colombiana (28 de mayo de 2008) Sentencia C – 536 del CC, 2014, 117-14-SEP-CC

Corte Nacional de Justicia (12 de junio de 2018). Sentencia del proceso No. 17721-2016-1564.

Corte Provincial de Loja. (30 de marzo de 2011) Sentencia río Vilcabamba No. 11121-2011-00010

Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia 009-2009-SP-CS-PJ (16 de mayo de 2009).

Cuello, J. y Borja Mapeli (2015) *Curso de Derecho Penal Parte General*. Madrid: Tecnos

Declaración Universal de Derechos Humanos

Devis Echandía H. (1966) *Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I*. Buenos Aires. Victor P. de Zavalía Editorial

Díaz, J (2016) *La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad*

*constitucional.*

Recuperado

de

<http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf>

Duce, M. y Baytelman, A. (2004). Litigación penal, juicio oral y prueba.

Escobar, J. (2010) *La valoración de la prueba, en la motivación de una sentencia en la legislación ecuatoriana*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Espita Garzón, F. (2005). *Instituciones de Derecho Procesal Penal- Sistema Acusatorio*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.

Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y razón*. Madrid: Trota

Gorphe (1950) De la apreciación de las pruebas, EJE, Bosch y Cia. Buenos Aires.

Guerrero, J. (2016) apuntes de clase de Derecho Constitucional.

Herrera, E. (2012) *Derecho & Sociedad Asociación Civil No. 39*, Perú, Pereira, S. Editorial.

Recuperado a partir de

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/1305>

Lete del Río, J. (2015) *Derecho de obligaciones*. Navarra: Aranzadi

Machado (2018) apuntes de clase de Teoría General del Estado.

Mejía Salazar, (2018) apuntes de clase de Teoría de los Recursos Procesales.

Mir Puig (2016) *Derecho Penal Parte General*. Montevideo- Buenos Aires: B de f.

Monagas, (2005) Prueba procedimientos especiales y ejecución penal. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Moreno Catena, V (2010) *Derecho Procesal Penal Cuarta Edición*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Osorio Chacón, A (2015) *El enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares*. Bogotá: Editorial Ibañez.

Oyarte, R (2016) *Debido proceso*. Quito: Corporación nacional de estudios y publicaciones.

Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos

Parra (2011) *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA.

Peña González, O.(2010) *Teoría del delito*. Lima: APEC.

proceso 17282-2017-03000

Rodriguez Vera (2013) *Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal*. Recuperado de <https://corteidh.or.cr/tablas/r32235.pdf>

Rodríguez, F. (2019) *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría del Delito*. Quito: Librería Cevallos

Rojas Vargas, F. (2007) *Delitos contra la administración pública*. Editora Jurídica Grijley.

Rousseau, J. (1999) *El contrato social o principios de Derecho político*. Recuperado de [https://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016\\_923am\\_579f698613e3b.pdf](https://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016_923am_579f698613e3b.pdf)

Roxin, (2000) *Derecho Penal Parte General*. Civitas.

Trujillo, J. (2006) *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de Derecho Constitucional*. Quito: Corporación editorial nacional

Vaca Andrade, R. (2015) *Derecho Procesal Penal*. Quito: Ediciones legales.

Velasteguí, J. (2015) *La Contraloría General del Estado como sujeto procesal en el sistema acusatorio ecuatoriano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Viscarra, J. (2017) *El ejercicio del derecho de contradicción del alimentante frente al principio del interés superior del niño en los casos de acumulación de pensiones alimenticias*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar

Zavala Baquerizo, J. (2002). *Tratado de derecho procesal penal* . Guayaquil: Edino.