



Universidad del Azuay

Maestría en Derecho Penal

***El Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público: Marco
Constitucional, Garantías Penales y Derechos Humanos***

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de
Master en Derecho Penal

Autora: Abogada Silvana Tapia de Tuven

Director: Doctor Sandro F. Abraldes

Cuenca, Ecuador

2012

Dedicado a Svein y Adrian

Agradecimientos

Agradezco en primer lugar al director de este trabajo, Doctor Sandro Abrales, catedrático y profesional que ha acompañado y guiado la realización de la presente tesis, y que ha sabido despertar en todos sus alumnos cuencanos, el interés por la problemática moderna del derecho penal a través de sus clases magistrales y la colaboración continua con el desarrollo de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad del Azuay.

Al Doctor José Cordero Acosta, maestro de siempre, por sus desinteresados consejos tanto académicos cuanto personales, y su generosidad al colaborar con sus criterios y su vasta y siempre abierta biblioteca, para resolver las inquietudes que surgieron durante el desarrollo de la investigación.

Al Doctor Mario Jaramillo Paredes, Ex-Rector de la U.D.A., por su eficiente administración e interés por el desarrollo de posgrados de calidad en la Universidad del Azuay y al Ingeniero Francisco Salgado, por su acertada gestión en la dirección de Posgrados.

A los profesores Mariano Gutiérrez, Xavier de la Fuente, Gustavo Aboso, Patricia Llerena y Rafael Oyarte por compartir su experiencia y talento con nosotros durante la Maestría.

A Oswaldo Arpi por su amabilidad y comedimiento en todos los aspectos de coordinación administrativa y a Pablo Galarza por su trabajo en la organización de nuestros estudios, como coordinador de la maestría.

A todos mis compañeros de promoción, que cada día aportaron de diferentes maneras con sus criterios, experiencia y preguntas.

A mis tíos Eulalia y Olmedo por su confianza y cariño, y por seguir creyendo en la bondad y la justicia a pesar de todo.

A mis padres Genaro y María y a mi hermano Genaro, por su apoyo incondicional en todos mis emprendimientos.

A mi adorada familia: Svein, Adrian y Dodo, porque son la motivación fundamental.

Índice de Contenidos

I. Dedicatoria	II
II. Agradecimientos	III
III. Introducción	1
IV. Planteamiento del problema e hipótesis	3

CAPÍTULO I

Un Enfoque Garantista del Derecho Penal

1. El Derecho Penal como Limitador del Poder Punitivo del Estado.-	5
2. El Garantismo Penal.-	8
3. Las Garantías Penales en los Tratados Internacionales.-	11
4. Las Garantías Penales en la Constitución de la República .-	15

CAPÍTULO II

El Enriquecimiento Ilícito Hoy

1. Nociones Preliminares.-	
a) La Corrupción en la Administración Pública	18
b) La Administración Pública	21
c) El Funcionario Público	22
d) El Bien Jurídico Protegido	23
e) Patrimonio y Enriquecimiento	24
2. El Concepto de Enriquecimiento Ilícito en la Doctrina.-	26
3. El Enriquecimiento Ilícito en los Instrumentos Internacionales.-	28
4. El Enriquecimiento Ilícito en la Constitución de la República.-	31
5. Tratamiento en la Legislación Ecuatoriana.-	33
a) Estructura típica: aspectos objetivos y subjetivos	37
b) El juzgamiento del Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador	39
6. El Enriquecimiento Ilícito en el Derecho Comparado.-	42
a) Chile	43
b) Argentina	44
c) Colombia	45
d) México	46
e) Europa	47

CAPÍTULO III

El Enriquecimiento Ilícito frente a la Constitución y los Derechos Humanos

1. Enriquecimiento Ilícito y Derechos Humanos.-	50
2. Inconstitucionalidad vs. Constitucionalidad: posturas doctrinarias.-	54
3. Principios y Derechos vulnerados.-	
a) El principio de legalidad.-	59
b) El principio de inocencia y la carga probatoria.-	61
c) El principio de no auto incriminación.-	64
d) El principio <i>non bis in idem</i>	
e) El principio de culpabilidad.-	65
f) El Debido Proceso como garantía fundamental.-	65
4. Ponderación de Derechos.-	68
5. Propuestas de Solución.-	72
a) Consideraciones previas	74
b) Reforma legislativa	77
c) Transparencia y ética pública como políticas de Estado	78

CAPÍTULO IV

Conclusiones y Recomendaciones

1. Conclusiones.-	72
2. Recomendaciones.-	82

BIBLIOGRAFÍA	85
---------------------------	----

Resumen

El presente trabajo de investigación analiza, desde la Constitución y los principios fundamentales del Derecho Penal, la actual tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público en el código penal ecuatoriano, como una figura *sui generis* que rompe con varios de los principios rectores del Derecho Penal y el Debido Proceso. Partiendo de un enfoque ius-filosófico garantista, la tesis recorre las implicaciones del fenómeno de la corrupción en nuestro medio y lo enfrenta a la situación de los funcionarios públicos encausados por enriquecimiento ilícito, quienes son sometidos a un tratamiento especial que desconoce derechos tan elementales como la situación jurídica de inocencia.

La tesis elabora una propuesta de reforma legal consecuente con la generalidad y universalidad de los principios de derechos humanos que deben proteger a todos, y con una concepción del derecho penal como limitador del poder punitivo del Estado, respetuoso de las garantías constitucionales y de la dignidad de las personas, interviniendo solamente cuando no existen medios menos lesivos para regular una problemática determinada.

Abstract

This research paper analyzes, from the Constitution and the fundamental principles of criminal law, the current offense of Illicit Enrichment of Public Officials in Ecuador's criminal code, as a *sui generis* figure that breaks many of the guiding principles of Criminal Law and Due Process. Starting from a rights-based *jus-philosophical* approach, the thesis covers the various implications of the corruption phenomenon in our country and confronts it with the situation of the public officials that are prosecuted for illicit enrichment, which are subjected to a special treatment that ignores basic rights such as the legal status of innocence.

The thesis develops a proposal for legal reform that is consistent with the generality and universality of the human rights principles, which should protect everyone, and also with a conception of criminal law as limiting of the punitive power of the state, respectful of constitutional rights and the dignity of people, intervening only when there are no less harmful means to regulate a particular problem.

Introducción

La corrupción de funcionarios públicos es una cuestión de gran impacto social que incluso ha suscitado la preocupación internacional por cuanto se ha convertido en un problema y amenaza que se ha comparado, por ejemplo, con el narcotráfico. Así lo demuestra la creación de tratados internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción, de las cuales el Ecuador es suscriptor. La desviación de los recursos del Estado para provecho de particulares, provoca en la opinión pública gran escándalo, y no es para menos: el erario nacional proviene de la explotación de los recursos naturales estatales y de los impuestos pagados por los ciudadanos, quienes exigen una administración transparente de los fondos públicos, para canalizarlos hacia el bienestar colectivo.

La respuesta penal ha sido, particularmente en Latinoamérica, la tipificación de delitos contra la Administración Pública, entre ellos los de tipo económico, tales como el peculado, el cohecho y la concusión. En todos la nota común es el abuso de los recursos públicos para la satisfacción de intereses personales, produciéndose un aumento patrimonial que opera en detrimento de los intereses sociales. Los principios generales del derecho penal y el sentido común, nos sugieren que la culpabilidad sólo puede suponerse cuando se prueba que el enriquecimiento es consecuencia de un acto de corrupción voluntario y determinado. No obstante, en concordancia con los tratados internacionales, algunos Estados, entre ellos el Ecuador, han optado por tipificar un delito de carácter residual, que serviría para aquellos casos en que las investigaciones no permiten establecer una conexión certera entre el incremento del patrimonio privado y la desviación de los fondos públicos o, dicho llanamente, cuando no es posible probar la existencia de la acción típica. Ese delito se conoce como enriquecimiento Ilícito de funcionario público y su tipificación busca, en primera instancia, cerrarle el camino a todas las conductas consideradas corruptas.

Los medios de comunicación juegan aquí un papel importante en la construcción de la verdad, al tiempo que el endurecimiento de las penas como respuesta a la inseguridad generalizada, forma parte de los discursos políticos, con fines electorales. Todo esto, paradójicamente, en una época en la que se habla de la constitucionalización del derecho, y del

paso de los principios meramente formales a los materiales, a través de la plena justiciabilidad de las prerrogativas constitucionales; discurso que ha cobrado verdadera vigencia a raíz de la aprobación de la más reciente Constitución ecuatoriana, del año 2008.

La tendencia mundial masiva es el reformismo y el Ecuador no es la excepción. Apenas han comenzado a regir unas reformas, se modifican a través de contrarreformas. Mientras se escribe esta introducción, se vislumbran en el país los efectos que tendrá un referéndum cuyo objetivo fue modificar temas penales tan delicados como dilatar el tiempo razonable para la prisión preventiva o la vetar la posibilidad de aplicar medidas sustitutivas de la prisión, así como la penalización de circunstancias civiles y laborales que nunca formaron parte de la esfera penal. Se ha aceptado inclusive la necesidad de tipificar un llamado “enriquecimiento injustificado privado” con el objeto de dismantelar, según se dice, al crimen organizado y las grandes redes privadas de acumulamiento ilícito de capital.

Un razonamiento en derecho, sin embargo, no puede dejar de observar que todos los principios penales trascienden desde un marco más genérico, que es la Constitución y que desde allí atraviesan a toda la legislación ordinaria. Este estudio, pues, tiene por cometido analizar la legitimidad constitucional del tipo penal denominado enriquecimiento ilícito, en una época de reivindicación de los derechos fundamentales confrontada con la expansión del derecho penal, y proponer, de ser procedente, una regulación modificada del mismo, que se corresponda con las garantías penales y los derechos humanos.

Planteamiento del Problema e Hipótesis

El tratamiento normativo del Enriquecimiento Ilícito en nuestro país es *sui generis*: el tipo penal se configura con el acrecentamiento del patrimonio y la no justificación debida por parte del funcionario, dentro del proceso. En consecuencia, la carga de la prueba se invierte y es el reo quien debe probar que no cometió el delito, con lo que se destruye la situación jurídica de inocencia que protege a todo ciudadano, no sólo por mandato constitucional, sino de todos los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que nuestro país es suscriptor.

Por otra parte, al quedar indeterminado el hecho delictivo, desde que el funcionario no consigue probar el origen legítimo de su patrimonio, lo que se sanciona no será una conducta, sino un resultado o situación, rompiendo con el principio de seguridad jurídica y los principios del derecho penal del acto. Finalmente, el reo es coaccionado a declarar contra sí mismo, obedeciendo un mandato legal que entra en franca contradicción con los derechos constitucionales. Por esta razón, existe hoy en día, en el contexto jurídico latinoamericano, una profusa discusión doctrinaria respecto de la constitucionalidad del enriquecimiento ilícito y sus características jurídico-dogmáticas; aunque, dicha sea la verdad, no ha sido una discusión sobre la que se haya profundizado en nuestro país.

En la otra cara de la medalla encontramos a los gobiernos y al ciudadano común: la opinión pública influenciada por el bombardeo mediático -muchas veces planificado políticamente-, se escandaliza ante la opulencia de los funcionarios públicos y los delitos de “cuello blanco”, fenómeno al que el Estado intenta dar respuesta creando entidades encargadas del control de la corrupción y difundiendo campañas de lucha contra la corrupción; esfuerzo en sí mismo loable, pero que desgraciadamente en algunos casos ha hecho que las garantías constitucionales queden desplazadas o reciban, para estos casos, un tratamiento “especial”. Los bienes jurídicos tradicionales desaparecen y son reemplazados por uno sólo, que es la “seguridad”, y en su nombre van quedando atrás los modernos logros del pensamiento racional, los elementos de la teoría del delito y sus principios para la imputación, llevándonos a un modo de aplicar castigos que se parece más al de épocas ya superadas. El legislador se siente obligado a implementar mecanismos para evitar la impunidad, incluso en aquellos casos en que no se puede

determinar con precisión cuál fue la conducta que trajo como resultado el enriquecimiento. Ciertamente los delitos de “cuello blanco” son difíciles de probar, por lo general comprometen los intereses de las más altas esferas de poder económico y político, y se cometen con tanta habilidad y cuidado que ofrecen una apariencia de legalidad difícil de desvirtuar. Otros ilícitos preocupantes como el lavado de dinero y el tráfico de drogas suelen estar relacionados con la corrupción política en los niveles más elevados de la administración pública. Ante este escenario, no es difícil llegar a pensar en algún punto, que cualquier mecanismo es válido en la lucha contra la corrupción.

En Ecuador recientemente se han presentado denuncias penales por enriquecimiento ilícito contra funcionarios de Petroecuador, contra un ex Ministro del Deporte, contra los ex diputados del Congreso Nacional, contra ex Presidentes y ex Vicepresidentes, entre los más destacados, llegando a prosperar contados procesos, como aquél desarrollado contra un ex Ministro Juez de la extinta Corte Suprema de Justicia, que fue absuelto, y otro, contra un mayor de policía, que fue condenado. A pesar de estar vigente, en la práctica el tipo es inoperante: 22 años después de su incorporación al Código Penal (1985), se ha aplicado en contados casos debido a su complejidad y al desconocimiento por parte del Ministerio Público y de los tribunales penales sobre la forma cómo debe probarse e investigarse.

Enfrentadas dos tesis, a saber: la necesidad de combatir la corrupción por un lado, y la obligatoriedad de respetar los derechos humanos y constitucionales de todos los ciudadanos por otro, dejamos planteada la hipótesis de la siguiente manera: el **Enriquecimiento Ilícito se encuentra actualmente regulado de tal manera que contraviene principios penales, constitucionales y de derechos humanos, siendo por tanto susceptible de una modificación que, sin dejar a un lado la lucha contra la corrupción, no vulnere los derechos fundamentales del reo.**

Nuestro estudio tiene como objetivo, por tanto, arribar a una síntesis razonable, pues creemos que es posible conciliar el bienestar colectivo y el bienestar individual, más aún, pensamos que uno no puede existir sin el otro y que la respuesta penal no debe ser la respuesta a todos los problemas sociales, sabiendo que la ley penal debe aplicarse observando el principio de subsidiariedad. La tipificación de un tipo residual no soluciona fenómenos que se originan en problemáticas sociales y culturales, y que se extienden entre otras razones por la falta de políticas

gubernamentales de prevención de la corrupción, de educación en transparencia administrativa e incluso de educación pública. Ante la hipótesis de que la tipificación del Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador es susceptible de una reforma, desarrollaremos un análisis teórico que nos permitirá obtener conclusiones coherentes con los principios éticos y políticos que defiende la Constitución de la República, y con los legítimos alcances de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

CAPÍTULO I

Un Enfoque Garantista del Derecho Penal

1. El Derecho Penal como Limitador del Poder Punitivo del Estado

Antes de aproximarnos al análisis del Enriquecimiento Ilícito, procuraremos un acercamiento general a nuestra concepción sobre la naturaleza del Derecho Penal. Esto es importante, tanto más cuanto nuestra hipótesis de trabajo supone que el tipo violenta principios dogmáticos, constitucionales, y de derechos humanos.

La justificación del Derecho Penal es una cuestión de carácter valorativo: cuál es su razón de ser, cómo y cuándo debe aplicarse, bajo qué principios; estos planteamientos se resuelven inicialmente mediante una reflexión supra-legal, aunque luego ésta se recoja en un cuerpo legislado. El Derecho Penal, como todas las disciplinas jurídicas, parte de consideraciones teleológicas, por lo que debe ser congruente con un sistema de principios valorativos. La ciencia penal no puede ser ajena a las consideraciones filosóficas acerca de la naturaleza humana. Tal como afirma Yacobucci citando a Zaffaroni, “La ciencia desconectada del hombre [es] una peligrosa ficción ingenua, de allí que una forma defectuosa de encarar la investigación penal sea la consideración del derecho penal como una técnica de sistematización lógica, aislada de cualquier dato filosófico”¹.

Partiremos del supuesto de que vivimos en un Estado de Derecho. Esto quiere decir que el propio Estado es sujeto de derechos y obligaciones, que son los contenidos en la Constitución. Toda política criminal estatal, por tanto, debe tener como límites los que la Constitución nacional le impone, en tanto que el Derecho Penal es apenas una parte de todo el orden jurídico global; no la solución universal para los problemas sociales. Para Hans Welzel, quien fue crítico del nacional-socialismo, “sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad”². Maurach a su vez, nos hablan de la “naturaleza secundaria”³ del

1 Yacobucci Guillermo, El Sentido de los Principios Penales, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002. Pág. 167.

2 Welzel Hans, Derecho Penal Alemán Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987. Pág. 11.

3 Maurach Reinhart y Zipp Heinz, Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994. Pág. 34

derecho penal, el cual sólo debe hacer su aparición cuando se trata de proteger bienes jurídicos de especial importancia para la convivencia social, ya que la mayoría de los conflictos legales deben resolverse a través de las otras ramas del ordenamiento jurídico, como la civil y la administrativa, que están dotadas también de medios coactivos para el cumplimiento de sus fines. Silva Sánchez también sostiene que el derecho penal debe intervenir exclusivamente para proteger bienes jurídicos⁴, pero, según detallaremos después, no considera que todos los bienes jurídicos penales deben ser protegidos de igual manera: unos merecen más protección que otros (núcleo duro del derecho penal) y en consecuencia unos delitos merecerán pena privativa de la libertad, y otros no.

La Teoría del Delito cumple el propósito de determinar los presupuestos bajo los cuáles puede requerirse la aplicación de una pena⁵, pues ésta no es prerrogativa discrecional del poder público, y sólo puede imponerse en casos de gran alarma social. Ésta última noción se conoce en el ámbito doctrinario como principio de *ultima ratio* o mínima intervención del Estado para imponer sanciones penales. El derecho penal está llamado a resolver los conflictos sociales de mayor envergadura y sólo se recurre a él cuando las otras disciplinas jurídicas son insuficientes y la gravedad del daño amerita la intervención estatal. Por ello, la legislación penal positiva debe cerrarle el paso a la posibilidad de actuación arbitraria de la autoridad ante el individuo, que es inocente mientras no se tenga una certeza razonable de que merece una sanción penal.

El Estado, a través de la legislación penal y en uso del *ius puniendi* -es decir, su potestad soberana de elevar ciertas conductas a la categoría de delito y determinar la correspondiente amenaza de una pena- impone sanciones que restringen espacios de libertad del individuo y en ciertas legislaciones incluso le privan de la vida; además, lidia con situaciones dolorosas que sufren las comunidades. El *ius puniendi* es el arma más lesiva que el Estado tiene a su disposición. Nos dice Donna, citando a su vez a Kriele: “la protección contra la detención y la persecución penal arbitraria, es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad”⁶. Esta protección se traduce legalmente en la descripción precisa de las conductas que pueden generar una respuesta penal y en la observancia del debido proceso para llegar a la comprobación judicial del delito. A través de la tipificación, la ley penal previene la represión por parte del poder punitivo -así el Estado no puede castigar sin tener como base a la ley escrita-, y el debido proceso

4 Silva Sánchez, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, J.M. Bosch Editor S. A., Barcelona, 1992. Pág. 267.

5 Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal (Parte General). Buenos Aires. Ediar. 2002. Pág. 4.

6 Donna Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000. Pág. 10.

asegura que la sanción penal se aplique racionalmente. Esta racionalidad supone una relación equilibrada entre la conducta punible y la pena que se impone. Dice Roxin que la Política Criminal no busca combatir la criminalidad a cualquier precio sino combatirla **con los medios de un Estado de Derecho**. Incluso señala que los derechos fundamentales pueden influir en la necesidad de imponer una pena, esto es, excluir la punibilidad⁷.

Compartimos el criterio de Cerezo Mir cuando sostiene que la dignidad de la persona humana es un principio material de justicia, de validez *a priori*⁸; es un límite inmanente al derecho positivo. Por eso, insistimos, la intervención penal debe ser de *ultima ratio*⁹, y en el proceso de probar que ésta es necesaria, hay que observar sin excepción, los principios que permiten asegurar la defensa, la imparcialidad de la administración de justicia y la sanción a quien realmente ha actuado poniendo en peligro un bien jurídico cumpliéndose el principio de culpabilidad; pues de lo contrario podríamos caer en la instrumentalización del individuo. Estos principios deben aplicarse, lógicamente, sin discriminación; igual si se trata de delitos propios o comunes, de funcionarios públicos o empleados privados.

Muy criticadas han sido posturas como la de Jakobs, que ve en la conducta humana, ante todo el cumplimiento de un rol social dentro de un sistema, mientras la pena apunta a ser un medio idóneo para mantener la identidad social; concepción probablemente práctica desde un punto de vista utilitario, pero cuestionada precisamente por olvidar el reconocimiento de la dignidad humana¹⁰. Las tesis que se enmarcan en esta tendencia se originan después de la caída del Muro de Berlín, en un escenario mundial en que los delitos económicos, la delincuencia de cuello blanco, el narcotráfico y el terrorismo aparecen como los grandes enemigos de la sociedad. Asoman entonces las legislaciones de excepción. Se habla de un “derecho penal del enemigo”, porque toda coacción, toda pena, se dirige contra un enemigo: si el Estado se fundamenta en un contrato social, el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios

7 Roxin Claus, La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007. Pág. 53.

8 Cerezo Mir, José. Temas Fundamentales del Derecho Penal, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001. Pág. 363.

9 Expresión latina que se traduce como “última razón” o “último argumento”. En derecho penal se entiende como el principio de subsidiariedad, en virtud del cual las medidas de carácter penal sólo deben aplicarse cuando no es posible resolver un problema por otros medios menos lesivos.

10 En este sentido opina Guillermo Yacobucci, quien considera que la normatividad no puede sistematizarse hasta el punto de enfrentarse con los valores reales de la vida humana, en El Sentido de los Principios Penales, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002. Pág. 170.

de éste¹¹. Aunque regímenes de excepción se han registrado desde siempre, estas teorías parecen estar tomando más relevancia, sobre todo a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre en Estados Unidos. Muñoz Conde subraya el peligro que encierra la tesis de Jakobs para el Estado de Derecho, toda vez que puede legitimar excesos del derecho penal en sistemas políticos autoritarios¹². El autor español identifica las coincidencias entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal “de autor” propugnado por los penalistas nazis, en el que lo relevante para la ley penal no era la acción sino la perversión del autor o su inclinación al delito. Agrega, además, que una sociedad en la que la seguridad se ha convertido en el valor más importante, es una sociedad paralizada, incapaz de cambiar y progresar. Sandro Abraldes subraya que, efectivamente, asistimos hoy en día a una visible expansión del derecho penal, lo que desatiende el desarrollo del derecho constitucional y el protagonismo de los pactos internacionales sobre derechos humanos¹³.

En el pensamiento de Zaffaroni, en cambio, **todo poder punitivo se opone por naturaleza al Estado de Derecho**, en el que las personas no se someten a un poder imperante sino a unas leyes generales que protegen la libertad y la dignidad; sin embargo, dentro del Estado de Derecho, siempre se ejerce el poder punitivo a manera de policía, como mecanismo de control social necesario para conservar el orden. Para Zaffaroni, el Derecho Penal “propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”¹⁴. Nos habla así mismo, del peligro de una “administrativización”¹⁵ del derecho penal, caracterizada por la pretensión de un uso indiscriminado del poder punitivo con el propósito de reforzar el cumplimiento de las responsabilidades públicas. Estamos hablando de un innecesario intento de encontrar una respuesta penal para todas las conductas lesivas. Con esto se relaciona el discurso de “la ley y el orden”, que entra en conflicto con los principios del Estado de Derecho, pues reclama mayor represión para, supuestamente, resolver graves problemas sociales. Yacobucci considera que la realidad del derecho penal de hoy ingresa en campos de intereses difusos, utiliza formas de

11 Jakobs, Gunther. Derecho Penal del Enemigo y Derecho Penal del Ciudadano, publicado en el sitio web de la Universidad Sergio Arboleda de Colombia. Disponible en:

http://www.usergioarboleda.edu.co/postgrados/material_derecho_penal/dERECHOPENALDELENEMIGO.doc

12 Muñoz Conde, Francisco. De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”. Revista Penal de la Universidad de Huelva, España. No. 16, 2005. Pág. 124.

13 Abraldes, Sandro F. Consideraciones críticas sobre la teoría de la imputación objetiva: el cuidado objetivamente debido como base del delito imprudente. Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2506/22.pdf>

14 Zaffaroni Eugenio Raúl, Obra Citada, Pág 5.

15 Zaffaroni Eugenio Raúl, Obra Citada, Pág 12.

tipicidad sobre la base de peligros abstractos y realiza la imputación penal sobre criterios de organización funcional; por lo tanto hay un grave crisis de legitimación de la actividad penal¹⁶.

El endurecimiento de las penas ante el incremento de la inseguridad, no es más que una solución conyuntural, pues en gran medida el delito es una manifestación de las condiciones de vida en un país, mismas que las sanciones penales no resuelven. A lo largo de la historia, el poder punitivo ha pretendido remediar emergencias sociales sin conseguirlo nunca. Por otro lado, nunca ha podido demostrarse que el endurecimiento de las penas tenga un verdadero poder preventivo intimidatorio, pues históricamente no ha incidido sobre los índices de criminalidad. Pero los medios de comunicación contribuyen al discurso de la seguridad ciudadana, dando prioridad a las noticias que envuelven escándalos políticos o crímenes violentos, y creando imágenes quizá distorsionadas, o cuando menos exageradas, aun cuando otros problemas menos visibles, -pensemos en la violencia doméstica por ejemplo- sean mucho más frecuentes y dejen peores consecuencias para las personas.

En palabras de Carlos Bellati¹⁷, el ejercicio del poder punitivo del Estado debe limitarse y restringirse con criterios proporcionados por la dogmática jurídico penal, más no con criterios políticos, puesto que estos últimos tienen su nacimiento en el propio gobierno, por tanto nunca podrán restringirlo. Creemos, también nosotros, que el Derecho Penal no debe ser un instrumento de control político ni de afianzamiento de los gobiernos, sino el instrumento que garantice que las políticas criminales cumplan los objetivos constitucionales mediante la implantación universal de un Debido Proceso que ponga a los ciudadanos en igualdad de derechos ante la administración de justicia.

2. El Garantismo Penal

Cuando se habla de “garantismo” en la doctrina penal contemporánea, por lo general se hace alusión al empleo del término por parte del florentino Luigi Ferrajoli y del turinés Norberto Bobbio. Para Ferrajoli, los derechos consisten en expectativas negativas o positivas a las que

¹⁶ Yacobucci Guillermo, El Sentido de los Principios Penales, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002. Pág. 39.

¹⁷ Bellati Carlos Alberto, Derecho Penal y Poder Punitivo, Artículo Publicado en Noticias Jurídicas en Octubre de 2004 (noticias.juridicas.com).

corresponden unas garantías consistentes en obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)¹⁸. Los principios penales son la base deontológica de la normativa penal, el fundamento racional de la ley, marcan la dirección que ha de tomar la normativa, y adquieren operatividad a través de la configuración de las garantías penales. Por su parte, Norberto Bobbio considera que el problema esencial respecto a los derechos humanos no es encontrarles fundamento, sino garantizarlos¹⁹. El Estado y el derecho son creaciones culturales cuya finalidad es garantizar los derechos humanos.

Para el argentino Yacobucci, dos son los principios nucleares o constitutivos del derecho penal: la protección de la dignidad humana, y el aseguramiento del bien común²⁰; por lo tanto, los demás principios penales tendrán como base originaria estos dos presupuestos. Justamente, el problema central de nuestra investigación, es la posibilidad de que dichos principios nucleares se opongan, cuando, por ejemplo, para garantizar el bien común se considera necesario disminuir en cierto grado los derechos individuales. Dicho bien común puede entenderse, en nuestra opinión, como el conjunto de condiciones que permiten la convivencia pacífica de las personas en condiciones de equidad; en tanto que la dignidad es el conjunto de condiciones que permiten la existencia plena de un individuo y la posibilidad de que éste se desarrolle y se realice sin sufrimientos innecesarios²¹.

Así, Luigi Ferrajoli concibe a todo el Derecho como un sistema de garantías. El paradigma

18 Ferrajoli Luigi, *Derechos y Garantías: la Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2004. Pág. 44.

19 Así citado en el ensayo “El garantismo en los tiempos del Neoconstitucionalismo” de Adrián Rentería Díaz.

Publicado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2010. Pág. 1. (http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/9828/1/garantismo_%20tiempos_neoconstitucionalismo.pdf)

20 Yacobucci Guillermo, *Obra Citada*. Pág. 94.

21 No compartimos en este caso la noción de dignidad propuesta por Yacobucci (criterio expuesto en su obra citada, Pág. 230 y sig.), con sustento en la filosofía de Tomás de Aquino, pues se construye sobre el principio de superioridad del ser humano sobre las demás criaturas, tomando como evidencia para esto su racionalidad; principio cuestionable por vía de la confrontación con la existencia de seres humanos privados de sus facultades y la de animales con más racionalidad que la de niños pequeños o adultos con enfermedad mental. Coincidimos más bien con nuevos planteamientos como los del australiano Peter Singer (a lo largo de su obra *Liberación Animal*, Editorial Trotta S.A., Madrid, España, 1999), criticado precisamente por Yacobucci, ya que se refiere a la capacidad de sentir dolor como la base de la dignidad de las criaturas humanas y no humanas. Fundamentamos nuestra adhesión a estas ideas en el hecho empíricamente estudiado, de que los mamíferos y otros organismos complejos poseen un sistema nervioso central que les da la cualidad de seres “sintientes” y por lo tanto algún nivel de conciencia, aunque no sea en el mismo grado que la del ser humano normal adulto. En la corriente filosófica del “animalismo”, la base de la ética es la capacidad de sentir, no la de razonar; por lo tanto es posible hablar de un bienestar (*wellbeing*) animal en general (que incluye al ser humano) que sería la meta de todas las consideraciones de la práctica moral. Aquellos que se oponen al sufrimiento humano deben oponerse igualmente a que se les inflija sufrimiento a los animales.

del Estado constitucional de derecho, que es lo mismo que decir “modelo garantista”, no es otra cosa que la doble sujeción del derecho al derecho²², tanto en aspectos formales cuanto materiales. Para él, el papel del juez no es el de ajustarse a la letra de la ley sin más, sino ajustarse a la ley coherente con la Constitución -uno de los presupuestos del llamado neoconstitucionalismo-. Coincidimos con Ferrajoli en su propuesta de un derecho penal mínimo y una refundación garantista de la jurisdicción penal pues, según él, ésta encierra siempre algún índice de brutalidad, y la pena no deja de ser una segunda violencia que sigue al cometimiento del delito²³.

Ferrajoli propone un interesante conjunto de diez axiomas del modelo penal garantista en el moderno Estado de Derecho²⁴:

1. *Nulla poena sine crimine* (principio de sucesividad de la pena respecto del delito).
2. *Nullum crimen sine lege* (principio de legalidad).
3. *Nulla lex poenalis sine necessitate* (principio de economía del derecho penal).
4. *Nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad).
5. *Nulla iniuria sine actione* (principio de materialidad de la acción).
6. *Nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad).
7. *Nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad).
8. *Nullum iudicium sine accusatione* (principio acusatorio).
9. *Nulla accusatio sine probatione* (principio de carga de la prueba).
10. *Nulla probatio sine defensione* (principio de contradicción o de defensa).

Estos principios que, como es evidente, se presuponen unos a otros formando una suerte de cadena que no puede interrumpirse en ninguno de sus eslabones, bajo la lógica de que los principios formulados más tarde, son a la vez los de mayor jerarquía, por contener a todos los anteriores. Dichos principios se oponen a los modelos penales autoritarios en los que falta alguna o varias de las limitantes formuladas a manera de axiomas. En el modelo garantista, el derecho penal es mínimo y su finalidad -así como la de todo el sistema jurídico- es la de tutelar los derechos humanos fundamentales.

Una garantía es la prescripción de una condición *sine qua non* para la determinación de la

22 Ferrajoli Luigi, *Derechos y Garantías: la Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2004. Pág. 22.

23 Ferrajoli Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995. Pág. 21.

24 *Ibidem*. Pág. 93.

responsabilidad penal; en ausencia de esta condición, no se permite castigar. La protección de los derechos fundamentales en el campo penal se instaura, como se puede deducir, en base a dos mecanismos esencialmente: **las garantías penales**, es decir, la definición legislativa de los presupuestos necesarios para la aplicación de una pena -fundamentalmente los principios de legalidad y culpabilidad-, y **las garantías procesales**, es decir las que exigen la comprobación empírica del delito para proceder a la sanción -el debido proceso-. Naturalmente, estamos hablando de una certeza razonable que sustente la verdad procesal, no de una comprobación absoluta con rigor científico de laboratorio, la que la mayoría de las veces no es posible, peor aún en nuestros países, abrumados por la falta de recursos tecnológicos suficientes. Este poder de verificación es propio y exclusivo de la función judicial y no debe constituir solamente una valoración lógica sino también empírica. Además, las garantías penales y procesales tienen como presupuesto una verdadera independencia de la administración de justicia, pues si esta sirviera a intereses políticos, perdería su horizonte de protección de las garantías constitucionales.

El problema radica en que, aunque la mayoría de Constituciones en el mundo consagran el principio de inocencia, el derecho a un debido proceso, el principio de contradicción, el derecho a la defensa, la oralidad, entre otras instituciones que protegen al individuo, muchas veces la legislación ordinaria contraviene estos principios, porque violentarlos se presenta aparentemente como la única manera de luchar contra la criminalidad. Esto es, justamente, lo que creemos que sucede en el Ecuador, en donde además, existe en el aparato judicial una tendencia pronunciada a aplicar la ley en su sentido literal y reglamentario, con una ausencia preocupante de control de la constitucionalidad.

Un modelo garantista debe ser tutelar, para inmunizar al ciudadano contra los abusos de poder y salvaguardar la dignidad de las personas. La existencia de un sistema jurídico como tal, supone a su vez la existencia de bienes valorados por la mayoría; los cuales se protegen sobre la base de un imperativo categórico que no es nuevo²⁵, pero que se acepta casi universalmente: el ser humano en todos los casos no debe ser tratado como medio, porque es un fin en sí mismo. No puede, entonces, ser un camino para apuntalar una pretensión política o para probar que el poder

25 El filósofo alemán Immanuel Kant creía en una ética no empírica sino puramente racional, que debía basarse en un principio universal válido en todo tiempo y en todas partes, al que llamó “imperativo categórico”, como ley moral suprema y absoluta de los seres racionales. La definición del imperativo categórico se formula así: “Obra de modo que tus máximas puedan al mismo tiempo constituirse por ellas mismas en leyes universales naturales”. (Runes Dagobert D., Diccionario de Filosofía, Ediciones Grijalbo S. A., Caracas, Venezuela, 1994. Pág. 54).

punitivo es eficiente. Y por lo tanto, si somos estrictos y consecuentes con nuestras afirmaciones, el modelo garantista debe respetarse sin excepción y sin discriminación, porque se construye civilización en la medida en que se disminuye la violencia, y ésta no puede provenir del propio Estado sino en casos excepcionales.

3. Las Garantías Penales en los Tratados Internacionales

Si es posible hablar de valores universales, estos toman forma en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, consagrados como tales por la mayoría de naciones del mundo al suscribir los instrumentos que ordenan su protección. La internacionalización de estos derechos ha obedecido muchas veces a que se ha evidenciado una insuficiencia en las legislaciones nacionales, para efectivizarlos. Actualmente existe casi un centenar de instrumentos internacionales que versan sobre Derechos Humanos y garantías penales, de los cuales referiremos únicamente los más trascendentes a nivel global.

En el Derecho Constitucional, las nociones de derechos humanos y derechos fundamentales suelen distinguirse formal y materialmente. La expresión “derechos humanos” se suele utilizar en materia de Derecho Internacional, y cuando estos se constitucionalizan, pasan a llamarse fundamentales. Autores como Ferrajoli, se refieren a los derechos fundamentales como sinónimo de derechos humanos. Para efectos de nuestro estudio, nos referiremos a los derechos humanos como una categoría propia del derecho internacional.

Los derechos humanos corresponden universalmente a todas las personas y son, además, inalienables, innegociables, irrenunciables e imprescriptibles. De la garantía de estos derechos dependen las vidas de los seres humanos en condiciones de dignidad y también son la base de la igualdad jurídica, por ello están interrelacionados y se complementan entre sí. Tienen, además, la función de limitar los poderes públicos. En su Teoría de los Derechos Humanos, José García Becerra, cita entre otros a Pérez Luño, para quien los derechos humanos son un “conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”²⁶. Vemos que hay tres ejes importantes

26 García Becerra José Antonio, Teoría de los Derechos Humanos, Universidad de Sinaloa, México, 1991. Pág. 16

en la teoría de los derechos humanos: la dignidad, la libertad y la igualdad. En el derecho penal se ponen en riesgo continuamente estos tres atributos, en primer lugar porque las sanciones penales incluyen la privación de la libertad, pero también porque se pone en entredicho el honor de la persona -de ahí el principio de inocencia- que forma parte esencial de su dignidad y naturalmente, al afectar aspectos tan delicados, el individuo debe ser juzgado imparcialmente y condiciones de igualdad ante la administración de justicia. A estas necesidades responde un derecho que contiene una serie de garantías: el derecho al debido proceso.

Entre los numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos, varios han sido suscritos por Ecuador. Los tratados internacionales surgieron en su mayoría con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial²⁷, ante la necesidad de crear una suerte de orden público internacional y precautelar a un nivel supra-nacional los derechos inherentes al ser humano, tras las devastadoras consecuencias de la guerra. Los tratados internacionales se incorporan al ordenamiento interno del Estado suscriptor y tienen una jerarquía superior a la de las leyes ordinarias. Así, la Constitución de la República declara en su Art. 10:

Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos sin titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

A este principio se suman los contenidos en el Art. 11, que indica justamente que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Como vemos, nuestra Carta Magna procura la constitucionalización de los derechos humanos protegidos en los tratados internacionales, y lo que es más, la posibilidad de aplicarlos directamente, sin recurrir a instancia internacional alguna, por parte de la administración de

²⁷ Gonzáles Raúl, Los Principios Internacionales del Derecho Penal, Publicado en la Biblioteca Jurídica de la Universidad Autónoma de México. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1723/13.pdf>

justicia e incluso la función ejecutiva. Los Estados parte en un tratado sobre derechos humanos, adquieren obligaciones tales como la de crear los instrumentos necesarios para la efectivización de dichos derechos y efectuar las debidas reparaciones en caso de que se violenten.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, contiene disposiciones relacionadas a las garantías penales. Así, el Art. 10 proclama el derecho al debido proceso, mientras que el Art. 11, en sus dos numerales, se refiere al principio de inocencia y al de legalidad.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁸, señala en su Artículo XVIII que toda persona tiene derecho a un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. El Art. XXVI a su vez, consagra el principio de inocencia y del debido proceso.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁹ tiene consagrados, en su Artículo 14, varios principios relacionados con las garantías penales. Así, en el numeral 2 encontramos el principio de inocencia, en el numeral 7 el principio *ne bis in idem* y en el numeral 3, varios literales entre los que destaca el “g” sobre el derecho a no declarar contra sí mismo o *nemo tenetur*. A continuación, en el Artículo 15, numeral 1, volvemos sobre el principio de inocencia

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) contiene en su Art. 8 una serie de principios relativos al debido proceso, incluyendo el principio de inocencia (Núm.2) y el derecho a no declarar contra sí mismo (Lit. g). En el Art. 9 está consagrado el principio de legalidad, en los siguientes términos:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello³⁰.

28 Fuente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (www.cidh.org)

29 Fuente: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (www.ohchr.org)

30 Fuente: Organización de Estados Americanos (www.oas.org).

Esta última garantía, como vemos, está presente en todos los tratados internacionales y por ello es elemental dentro de un Estado constitucional. La presunción de inocencia implica que es necesario que primero se establezca la culpabilidad del reo -principio de culpabilidad del derecho penal-, que la carga de la prueba recaiga sobre el acusador y además excluye cualquier presunción de responsabilidad penal. Cabe señalar, no obstante, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado acerca de la inversión de la carga de la prueba, considerando que si las evidencias circunstanciales son varias y suficientes para presumir el hecho ilícito, esto no necesariamente implica violentar el principio de inocencia³¹. Es una referencia en concreto a la fiabilidad de la prueba indiciaria.

Además de los instrumentos mencionados, debemos tener en cuenta el Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal, también conocido como Reglas de Mallorca. El proyecto tiene en consideración, según su preámbulo, la necesidad de concretar en reglas más precisas las garantías penales que contienen los instrumentos sobre derechos humanos, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos y señala entre sus considerandos: “Constatando que la justicia Penal es un instrumento de poder de los Estados que necesariamente afecta de manera esencial a los derechos del individuo” así como “Tratando de armonizar las exigencias de una justicia Penal eficaz con el respeto efectivo de las garantías de las personas cuyos derechos se ven afectados por el proceso penal ”³². De dicho documento destacamos esencialmente estos principios: la regla primera dispone de manera contundente “La persecución del delito, de acuerdo con la Ley, es competencia exclusiva del Estado.” Después, en la regla novena aparece el principio de no autoincriminación:

- 1) El imputado tiene el derecho irrenunciable a declarar libremente o a guardar silencio sobre los hechos que se le imputan. No podrá ser constreñido o inducido a confesar mediante violencia, amenaza, engaño, recompensa o otro medio de efecto semejante.
- 2) Las legislaciones nacionales deberán prever sanciones penales y disciplinarias contra los funcionarios que quebranten el anterior principio.

31 Informe Nicaragua, 1981. Pág. 88.

32 Fuente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (<http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.hm>).

Más adelante en la regla trigésimo segunda encontramos el principio de inocencia formulado de forma simplificada: “El acusado tiene derecho a la presunción de inocencia”.

4. Las Garantías Penales en la Constitución de la República

Aunque la doctrina más conservadora se refiera al Neoconstitucionalismo como una teoría inacabada³³, es innegable la influencia que ha tenido en la estructuración de nuevas constituciones latinoamericanas, y en particular, en la ecuatoriana. Puede afirmarse que la Constitución actual ha marcado una nueva etapa en el desarrollo de nuestro derecho constitucional.

El Estado Liberal de Derecho, había sido hasta la Constitución de 1998, el modelo político -cuando menos en la teoría- imperante en el país. Entendida la Ley como expresión de la voluntad del pueblo, se la erigió en un espacio de supremacía, que frenaba la constitucionalización de la administración de justicia, pues las garantías y los derechos fundamentales, mientras no estuvieran reconocidos por las leyes ordinarias, en la práctica se subordinaban al marco de legalidad e incluso al reglamentario³⁴. Se trata de una visión heredada de la Ilustración y la Revolución Francesa: para Montesquieu el juez no era sino *la bouche de la loi* -la boca de la ley-, idea que, no lo negamos, sostiene el principio de legalidad en materia delictiva, pero al mismo tiempo reduce el papel del juez a aplicador de leyes y reglamentos, sin que le corresponda vigilar la eficacia de las garantías constitucionales.

La Carta Magna que rige hoy, constituye un cambio de paradigma; se enmarca, como dijimos, en la tendencia neoconstitucionalista, cuya estructura medular es la noción de que los principios están por encima de las leyes ordinarias, y son directamente aplicables por la administración de justicia, dándole al juez una mayor posibilidad creativa del derecho. En opinión de Juan Carlos Ospina, quien a su vez sigue el criterio de Norberto Bobbio, son tres los elementos esenciales de toda constitución: la limitación al poder del Estado, la garantía de derechos y la

33 Nos referimos en concreto al profesor Juan Antonio García Amado en su ensayo “Sobre el Neoconstitucionalismo y sus precursores”, publicado en la Universidad de León, España. Pág. 1.

(<http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/NEOCONSTITUCIONALISMO.pdf>)

34 En el mismo sentido se manifiesta Jorge Zavala Egas en su obra Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilex, Quito, 2010. Pág. 273.

jurisdicción constitucional³⁵. Para la tendencia neoconstitucionalista, el poder estatal está en segundo lugar frente a la garantía de los derechos fundamentales, que se configura como la máxima finalidad del Estado, tal como lo señala la Constitución de la República en su Art. 3: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales [...]”.

La Constitución 2008, en su Capítulo Primero declara al Ecuador “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”, haciendo una ampliación considerable en materia de derechos fundamentales con respecto al régimen anterior, pues subraya la necesidad de interpretación extensiva de los mismos: conforme la Constitución de la República en el inciso segundo del Art. 18, “En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos”. El numeral 4. del Art. 11, que se refiere a los principios de aplicación de los derechos, indica: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Es decir, como punto de partida, en materia de derechos humanos, la interpretación siempre será extensiva y no restrictiva. Este principio se opone claramente al ejercicio abusivo del poder público.

El jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, señala con acierto que la Constitución de Montecristi es uno de los hitos del neoconstitucionalismo social en la región³⁶. Ante el perfil altamente garantista de la nueva Carta Magna, el Derecho Penal debe constituirse en una herramienta cuyo cometido, según hemos sostenido, es limitar el poder punitivo del Estado a través de la articulación de garantías para el amparo de los derechos fundamentales. Por supuesto, a nivel normativo siempre hablamos de presupuestos deontológicos, no ontológicos; si la aplicación directa de las garantías constitucionales fuera una realidad constante, nuestro trabajo de investigación ni siquiera tendría sentido. En la práctica, buena parte de los jueces continúan encerrados en el legalismo, perdiendo de vista los principios constitucionales cuando la ley no se remite a ellos. Nuestra Constitución también incorpora el garantismo penal del que tratamos

35 Ospina Rendón Juan Carlos, Neconstitucionalismo y Consitucionalización del Derecho, Ponencia presentada ante el IV Congreso Nacional y II Internacional de Derecho Constitucional, realizado en la Ciudad de Pasto, Departamento de Nariño, Colombia, Marzo de 2008.

36 Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009. Pág. 11.

previamente, a través de la protección del derecho a un proceso debido.

El Debido Proceso:

Este conjunto de garantías tiene su origen remoto en la Carta Magna de Inglaterra de 1215 y su origen moderno en la Constitución de los Estados Unidos, a través de una reforma introducida en la 5ta Enmienda (1791) en estos términos: “a ninguna persona podrá obligársele a testificar contra sí misma en una causa penal ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley; ni podrá privársele de su propiedad para darle un uso público sin una justa compensación”³⁷. Zavala Baquerizo conceptualiza al debido proceso como aquél que se inicia, desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los principios constitucionales e internacionales con la finalidad de alcanzar una justa administración de justicia y la protección de la seguridad jurídica del ciudadano³⁸. La razón de ser del debido proceso es la protección contra la arbitrariedad del poder público, a través de medios formales previamente establecidos en la normativa, y como revisamos anteriormente, es un derecho humano supranacional.

En nuestro ordenamiento se trata de un derecho fundamental de protección, recogido en el Art. 76, que reza:

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:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán

³⁷ Así citado en el ensayo “El Debido Proceso en la Constitución”, de Alberto Wray. Apuntes entregados para la clase de Derecho Penal Constitucional en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad del Azuay, Primera Versión, Abril, 2007.

³⁸ Zavala Baquerizo Jorge, El Debido Proceso Penal, Edino, Quito, 2002. Pág. 25.

validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:(...).

Debemos tener en cuenta también el Art. 77 que contiene las garantías básicas para quien se encuentra enjuiciado penalmente, en particular la contenida en el numeral 7:

El derecho de toda persona a la defensa incluye:

- a) Ser informada de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.
- b) Acogerse al silencio.
- c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

De las transcripciones que anteceden se sigue que el derecho al debido proceso en el Ecuador contiene las siguientes garantías de relevancia para nuestro estudio:

- La presunción de inocencia: contenida en el numeral 2, es una presunción legal que sólo puede ser destruida a través de la prueba debidamente actuada, sin violentar la constitución. Implica que la carga de la prueba corresponde al ministerio público. Contiene también el principio de culpabilidad: la conducta debe ser responsabilidad del agente, debe poder reprochársele la acción delictiva.
- El principio de legalidad: contenido en el numeral 3, nadie puede ser juzgado sino de acuerdo con leyes preexistentes.
- Las pruebas obtenidas violentando la constitución carecen de validez.
- En caso de conflicto de normas se aplicará la sanción menos rigurosa.
- Debe haber proporcionalidad entre las conductas antijurídicas y las penas.
- Se garantiza el derecho a la defensa, con la inclusión de varias garantías.

- Se garantiza el derecho al silencio como elemento esencial del derecho a la defensa, así como el derecho a no autoincriminarse declarando contra uno mismo cuando es posible que la declaración acarree responsabilidad penal.

CAPÍTULO II

El Enriquecimiento Ilícito Hoy

1. Nociones Preliminares

a) La Corrupción en la Administración Pública

Es difícil hablar de un concepto unívoco de “corrupción política” teniendo en cuenta las diversas formas en que puede manifestarse. El artículo “El debate sobre la corrupción en México” de Luis Carlos Ugalde³⁹ contiene algunas nociones propuestas a lo largo de la historia, como por ejemplo la de Aristóteles, para quien la corrupción era la forma de gobernar en provecho exclusivo del individuo o grupo gobernante. Ya en el Renacimiento, Nicolás Maquiavelo habló de una decadencia o degradación de la virtud cívica, mientras que el pensador de la Ilustración, Montesquieu, definió la corrupción como perversión del orden público. En la contemporaneidad, se ha conceptualizado al fenómeno de la corrupción, desde diferentes puntos de vista: económicos, políticos, y sociales. Por ejemplo, desde el punto de vista económico, la corrupción es un problema de mercado en el que el oferente es un servidor público que se aprovecha de los beneficios de su cargo.

Desde otro enfoque, para el politólogo de tendencia neoliberal, Joseph Nye, la corrupción se refiere a la ejecución de acciones que contradicen el ordenamiento legal del Estado y se desvían de sus criterios normativos⁴⁰. Esta idea debe completarse, puesto que no todos los supuestos de

39 Ugalde Luis Carlos, El Debate sobre la corrupción en México, Conferencia dictada en el VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 2002. Publicado en el sitio web de la United Nations Public Administration Network (<http://www.unpan.org/>)

40 Nye Joseph, Corruption and Political Development: a Cost Benefit Analysis, American Political Science Review, Vol. 61, N. 3, 1976. Pág. 417.

corrupción estarán siempre contenidos en las normas como tipos penales, y por otra parte no todos los actos ilegales son actos de corrupción. La organización no gubernamental Transparencia Internacional define a la corrupción, en su sitio Web oficial, como el “abuso del poder encomendado para beneficio privado”⁴¹. La organización considera a la corrupción como inconciliable con la democracia, puesto que esta última exige que los beneficios de la administración pública sean para todo el pueblo, y no para satisfacer intereses privados. Nos quedamos con este último concepto, por su simplicidad y precisión.

La corrupción también ha sido instrumento de legitimación política, pues se ha constituido en base de discursos usados como arma contra la oposición (el enriquecimiento ilícito como tipo abierto puede prestarse para eliminar o mover convenientemente a determinadas fichas políticas), tema central de las campañas electorales, e instrumento de control de las instituciones. En su artículo “Hacia una política de control de la corrupción”, Francisco Suárez y Marcela Jabbaz sostienen con toda coherencia que es inútil sancionar hechos aislados de corrupción, si no se ataca a los sistemas de corrupción para desmontarlos⁴². En la misma publicación, se entienden como sistemas de corrupción institucionalizada, a las estructuras y procesos instalados en la sociedad como modalidades corrientes de lograr beneficios particulares, a expensas de un bien público, institucional, organizacional o grupal. El sistema supone la existencia de una red de actores y organizaciones que operan a distintos niveles, estableciendo procesos transaccionales corruptos. El enriquecimiento, entonces, debe producirse *como consecuencia* de uno de estos procesos ilícitos, aunque, según veremos más adelante, es el imputado quien tiene la obligación de demostrar la licitud del aumento patrimonial, en nuestra legislación.

El mexicano Gonzáles Llaca considera, en su obra “La Corrupción Política, Patología Colectiva”, que en determinado momento la corrupción en los países no industrializados despertó el interés de los países más ricos debido a que obstaculiza el libre mercado y la libre competencia, eliminando la competitividad empresarial y sustituyéndola por el sistema de influencias, para favorecer a una industria y no a otra en cada caso⁴³. Esto desembocó, según dice el autor, en la creación de los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción y a la sazón, la

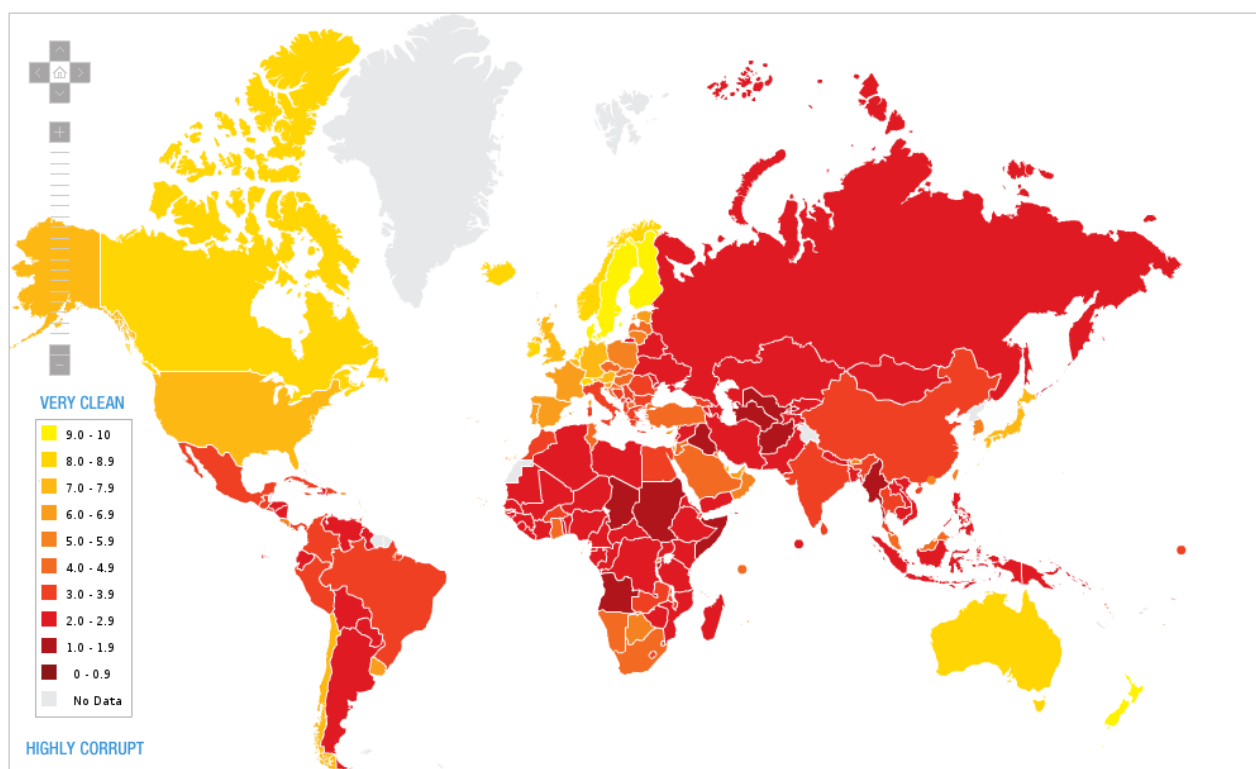
41 [www.transparency.org \(http://transparency.org/news_room/faq/corruption_faq\)](http://www.transparency.org/news_room/faq/corruption_faq)

42 Suárez Francisco y Jabbaz Marcela, Hacia una política de control de la corrupción, La Gaceta de Económicas, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, Año2, No. 9. Abril y Mayo de 2001. Pág. 4.

43 Gonzáles Llaca Edmundo, La Corrupción Política, Patología colectiva, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2005. Pág. 35.

exigencia de que los países suscribientes creen un marco regulatorio que propicie la transparencia. Nos encontramos nuevamente ante la necesidad de proteger el interés de los ciudadanos, pero sin que esto signifique restricción de garantías y derechos fundamentales.

Mostramos más abajo el mapa del más reciente Índice de Percepción de la Corrupción publicado por Transparencia Internacional en 2010⁴⁴, en el que se aprecian, en tonos más oscuros, los países que alcanzaron menor puntuación en transparencia, y en tonos más claros, los países en los que las instituciones públicas se perciben como “más limpias”. Nuestro país aparece entre los tres rangos más bajos, puntuados entre 2.0 a 2.9 sobre 10. Ecuador ocupa el puesto 127 en transparencia, dentro de una lista de 178 países. El país más corrupto del mundo de acuerdo con el índice es Somalia, y los más transparentes son Dinamarca, Nueva Zelanda y Singapur. El Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) amalgama los resultados de diversas encuestas de organizaciones como el Banco Mundial, la Universidad de Columbia o el Foro Económico Mundial, dirigiéndose a reflejar las percepciones de empresarios, analistas de riesgo, especialistas financieros y otros, de la situación de la corrupción en cada país.



44 Información disponible en el portal web de Transparencia Internacional (http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results)

b) La Administración Pública

Al tratar uno de los delitos contra la administración pública, tal concepto resulta esencial y fundante del bien jurídico protegido. La noción de administración pública ha cambiado en el tiempo, tal vez en desmedro de la idea de majestad de que estaba revestida la autoridad, en la época en que se puso en vigencia, por primera vez, el código penal en nuestro país. Para el derecho penal, el concepto de administración pública es más amplio que para el derecho administrativo: la protección se extiende sobre las funciones administrativas propiamente dichas -el ejecutivo y sus dependencias- y sobre las otras funciones del Estado, incluyendo al Legislativo y Judicial, y en el caso de nuestro país, a la función electoral y a la de transparencia y participación ciudadana. La Constitución de la República engloba a todas estas funciones bajo la denominación de “Sector Público”, expresándose el Art. 225, como sigue:

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.

Trabajaremos, pues, sobre una concepción del Estado como entidad global en la que la noción de Administración Pública es transversal a todas las funciones estatales.

c) El Funcionario Público

El autor es, por supuesto, una figura central en la configuración del delito. Cuando la ley penal limita específicamente quienes pueden ser autores de ciertos delitos, nos encontramos ante un delito especial propio, que es el caso de todos los tipos contra la Administración Pública, aunque algunos admiten la participación de particulares. El Enriquecimiento Ilícito exige un autor

calificado que es el idóneo para ser responsable del delito. Para Cerezo Mir, en estos casos la conducta del autor lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico⁴⁵. García Martín, en cambio, fundamenta la existencia de sujetos calificados en la especial relación (“relación de dominio”) que tiene el agente con el bien jurídico protegido, el cual no está al alcance de las personas comunes⁴⁶. En otras palabras, el funcionario público tiene una relación directa con los bienes jurídicos a su cargo.

La doctrina administrativa clásica hace una distinción entre el “funcionario” y el “empleado” público. El primero es aquél que en virtud de su nombramiento o por haber sido elegido, constituye, expresa o ejecuta la voluntad del Estado, en tanto que el segundo se encuentra encuadrado en niveles jerárquicos de menor trascendencia⁴⁷. Dicha diferenciación ha sido cuestionada y se encuentra en crisis, puesto que no todo el tiempo actúan los funcionarios ejecutando la voluntad del Estado, mientras que los empleados en algunas ocasiones pueden hacerlo. La Convención Interamericana Contra la Corrupción, contiene su propia definición de funcionario público en su Art. 1, según el cual es “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado”. Hoy la Constitución de la República contiene una definición de “servidor público”, más general, que es la que se adopta en el lenguaje jurídico de nuestro país: “Art. 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público (...)”.

El código penal ecuatoriano tipifica delitos contra la función pública que no necesariamente deben ser perpetrados por servidores públicos, si bien la mayoría de tipos se refieren a estos; y también existen otras figuras que se cometen “contra” los funcionarios públicos, como la rebelión y los atentados. El código penal utiliza el término “funcionario público” pero no lo define. No hay razones, en cualquier caso, para suponer que el tipo penal comprende únicamente a los funcionarios en el sentido que le da a la palabra la doctrina administrativa, sino más bien a todos quienes sirven al Estado en forma general, sea de manera regular o meramente accidental. Por ello, en nuestro trabajo nos hemos referido al funcionario o servidor público, como

45 Cerezo Mir José, Curso de Derecho Penal español, PG, t. II, Editorial TECNOS S.A., España, 1998. Pág. 113.

46 García Martín Luis, El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, Teoría general, Zaragoza, Prensas universitarias, 1985. Pág. 333.

47 Marienhoff Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo t. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983. Pág. 37.

sinónimos.

Para delimitar el alcance del concepto -habiendo aclarado que no hay necesidad de hacer las distinciones que contempla el Derecho Administrativo-, nos referiremos nuevamente a Donna, quien enumera las siguientes características del funcionario público como sujeto activo de los delitos contra la Administración Pública:

- 1) Es una persona adscrita a la administración pública.
- 2) Cubre un cargo dentro de la administración pública.
- 3) Tiene una remuneración por parte de la administración pública.
- 4) Tiene un régimen jurídico-administrativo propio.

d) El Bien Jurídico Protegido

La noción del bien jurídico protegido debe derivarse de la concepción misma de Administración Pública, aunque no deben confundirse estos conceptos, pues lo que se protege a través de la legislación penal no es a la Administración como tal, sino sus actividades en beneficio de los ciudadanos.

En la doctrina existen teorías diversas respecto a cuál es el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública: suele hablarse en la doctrina italiana y española, del normal desenvolvimiento de las actividades administrativas, para el cumplimiento, sin perturbaciones, de las metas del Estado. Donna indica precisamente, que en Argentina se sigue mayoritariamente el pensamiento italiano, en el sentido de que el bien jurídico protegido es la regularidad y eficiencia de la función pública⁴⁸. Maurach afirma que el bien jurídico protegido es la fidelidad a la pureza de la función pública, noción que coincide con la del colombiano Arenas⁴⁹; mientras Roxin, habla de delitos de “infracción del deber”.

Tratándose del enriquecimiento ilícito en particular, la cuestión del bien jurídico tutelado adquiere especial relevancia, ya que se relaciona estrechamente con la polémica sobre la inconstitucionalidad del tipo. Así, De la Fuente nos recuerda que quienes defienden la validez del

⁴⁸ Donna, Edgardo Alberto, *Obra Citada*, Pág. 15.

⁴⁹ Según dicho autor, el bien jurídico protegido es el “deber de fidelidad de los funcionarios con la administración Pública y el respeto que a ella y a quienes la representan deben los particulares”. Antonio Vicente Arenas, *Comentarios al Código Penal Colombiano, Parte Especial, T.II*, Editorial ABC, Bogotá, 1981. Pág. 47.

tipo consideran que el bien jurídico protegido es la buena imagen de los funcionarios públicos⁵⁰, es decir, lo que se resguarda es la transparencia y la honra de la administración pública como conjunto de individuos, de ahí que se persiga la apariencia de enriquecimiento obtenido por medios ilícitos al no estar justificado plenamente dicho aumento patrimonial. La idea ha sido expuesta por Xavier De Luca y Julio López Casariego, quienes consideran que el bien jurídico tutelado es “la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan”⁵¹; de lo cual se sigue que aunque el funcionario se haya enriquecido lícitamente, basta la no justificación para lesionar el bien jurídico. Este criterio lo expone también Luis M. Angelini, para quien es evidente que lo que se procura amparar es la transparencia del sistema en beneficio de la honestidad de la función pública⁵². En este mismo sentido, la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado diciendo que el bien jurídico protegido es la moral social⁵³. Estas consideraciones no guardarían correspondencia con el marco lógico jurídico del resto de delitos contra la administración pública tipificados en el capítulo correspondiente del código penal ecuatoriano.

Otros criterios se han vertido sobre el tema, como el de Carlos Julio Lascano⁵⁴, quien sumándose a la postura de Aída Tarditti, considera que el bien jurídico tutelado es el sistema democrático, como en las convenciones internacionales en materia de lucha contra la corrupción.

De la Fuente⁵⁵, quien se decanta por la inconstitucionalidad del tipo, considera que lo que la norma trata de evitar en realidad es que los funcionarios utilicen sus cargos para enriquecerse indebidamente, esto con base en consideraciones como que los propios promotores de la figura la defienden alegando que constituye un medio eficaz para no dejar en la impunidad a los casos de acrecentamiento patrimonial escandaloso. El bien jurídico protegido sería, entonces, la conducta lícita y honrada del funcionario público.

50 De la Fuente, Xavier. El delito de enriquecimiento ilícito: la discusión sobre su inconstitucionalidad, Revista de Derecho Penal No. 1, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 2004. Pág. 83.

51 De Luca, Javier y López Casariego, Julio. Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional, Suplemento de Jurisprudencia Penal de la Revista La Ley, Buenos Aires, 25 de febrero de 2000. Pág. 257.

52 Angelini, Luis M. Comentario sobre el delito de enriquecimiento ilícito. Disponible en: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/comentarioilicito.htm>

53 Bárcenas Espitia, Edgar. El Enriquecimiento Ilícito, Web System E.U., Bogotá, Colombia, 2003, Pág. 28.

54 Lascano, Carlos Julio. El tipo objetivo del enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos. Disponible en: <http://www.terragnijurista.com.ar/infogral/lascano2.htm>

55 De la Fuente Xavier, Obra Citada. Pág.87.

Nosotros tomaremos como referencia la noción del argentino Manzini, pues consideramos que patenta un objeto de tutela genérico de los delitos contra la administración pública, a saber: el interés público concerniente al normal funcionamiento de la administración pública en sentido amplio⁵⁶. Esta noción nos permitirá trabajar dentro de una lógica coherente con el enfoque planteado en el primer capítulo, y en caso de que el análisis del tipo penal en cuestión no permita visualizar la vulneración del bien jurídico que hemos determinado, no podría justificarse su existencia.

Dejaremos constancia también, de los intereses que Ortiz Rodríguez⁵⁷ considera integrantes del llamado interés general o público, a saber:

- La fidelidad del servidor público.
- La integridad del servidor público.
- La continuidad en la prestación de los servicios públicos.
- La independencia e imparcialidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.
- La legalidad y la justicia en la Administración Pública y,
- La legalidad de la competencia de quien ejerce funciones públicas.

No trabajaremos, pues, bajo la premisa de que el bien jurídico protegido es la imagen de los servidores públicos, su buen nombre, su moral o su honra; criterio que se justificará mejor más adelante, cuando abordemos las posturas doctrinarias vertidas al respecto.

e) Patrimonio y Enriquecimiento

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE), el patrimonio es el “conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”⁵⁸. Si bien la naturaleza del concepto de “patrimonio” ha sido objeto de discusión en el ámbito de la doctrina civil, no siendo este problema la cuestión principal de nuestro estudio, nos referiremos directamente a la noción dada por Guillermo A. Borda, según la

56 Manzini, Vincenzo. Tratado de derecho penal, Parte especial, t.8, Ediar, Buenos Aires, 1961. Pág. 3.

57 Ortiz Rodríguez Alfonso, Curso de derecho penal especial, Primera parte, Universidad de Medellín, Colombia, 1985. Págs. 81, 82 y 83.

58 Definición obtenida a través del portal web de la Real Academia Española (www.rae.es)

cual el patrimonio es el “conjunto de derechos que le sirven a una persona para la satisfacción de sus necesidades económicas y que por ello pueden apreciarse en dinero”⁵⁹. Si los derechos deben ser susceptibles de valoración económica, quedan fuera del concepto de patrimonio los derechos de la personalidad, los de familia y los relativos al estado civil, pues, aunque estos puedan tener repercusión económica, no son derechos patrimoniales. Tampoco forman parte del patrimonio ciertos hechos que pueden llegar a tener valoración económica como la fuerza laboral. Para el derecho civil, una de las funciones importantes del patrimonio, es la de ser garantía general o común de los acreedores. El patrimonio pues, puede comprender elementos diversos, como el dinero en efectivo de tenencia directa, el que se encuentra depositado en los bancos, los bienes muebles e inmuebles, los títulos de crédito, las acciones, los bonos, la propiedad intelectual, entre otros.

La figura penal que estudiamos, parte desde el hecho de que el patrimonio de una persona se haya incrementado notablemente, sin guardar conformidad con los ingresos legalmente percibidos por el funcionario público y con la situación económica del agente antes de asumir el cargo. La palabra "enriquecimiento", se refiere al aumento del patrimonio de una persona: una acumulación visible de fortuna que, para tener eficacia en el marco de la legalidad, siempre debe obedecer a una causa lícita, de lo contrario tendrán lugar consecuencias civiles, y en algunos casos, administrativas y penales. Pero también, en el ámbito penal, debe entenderse como enriquecimiento a la disminución del pasivo, esto es, a la cancelación de créditos que gravan el patrimonio.

En tratándose de la función pública, la licitud del patrimonio adquiere especial importancia porque el ejercicio de los cargos públicos se relaciona directamente con los intereses de los ciudadanos, quienes tienen derecho a exigir transparencia en el manejo de recursos estatales. El tipo penal se configura con el acrecentamiento apreciable del patrimonio, con posterioridad a la asunción del cargo -no comprende el enriquecimiento anterior aunque tenga origen ilícito-, y la no justificación por parte del funcionario, dentro del proceso. El enriquecimiento, entonces, es un elemento normativo consistente en un incremento patrimonial, tomando en cuenta el nivel remunerativo del sujeto activo y la composición de su patrimonio; y además debe existir un vínculo entre el cargo del agente y el incremento patrimonial no justificado. Creus indica, en el

59 Borda Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II, Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires. Pág. 9.

mismo sentido, que el enriquecimiento es apreciable cuando no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de la situación económica del agente durante el tiempo de desempeño de la función⁶⁰.

En Ecuador, la Constitución obliga a los funcionarios públicos, sin excepción, a presentar, al inicio y al fin de su gestión, así como periódicamente, una declaración patrimonial jurada, que incluye la autorización de que se levante el sigilo de las cuentas bancarias, con el objeto de que la Contraloría General del Estado examine y compare estas declaraciones en caso de sospecharse enriquecimiento ilícito. La falta de declaración, indica el Art. 231 de la Carta Magna, constituye presunción de enriquecimiento ilícito⁶¹.

De lo examinado podemos ya adelantar, que el enriquecimiento ilícito es un delito de corrupción de un funcionario público, consistente en el aumento de su patrimonio de manera injustificada con el objeto de satisfacer intereses personales, en detrimento del funcionamiento normal de la administración pública y los intereses colectivos. Este es un concepto que no ahonda aún en consideraciones doctrinarias.

2. El Concepto de Enriquecimiento Ilícito en la Doctrina

En esta parte de nuestro estudio, con el objeto de aproximarnos con más precisión a la noción de Enriquecimiento Ilícito, tomaremos en consideración algunas posturas doctrinarias que creemos importantes para entender mejor a la figura.

En términos generales, la doctrina explica al Enriquecimiento Ilícito como todo aumento ilícito del patrimonio del servidor público, derivado directa o indirectamente del ejercicio de su

60 Creus Carlos, Delitos Contra la Administración Pública, Astrea, Buenos Aires 1981. Pág. 420.

61 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. La Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito.

cargo⁶². Y decimos en términos generales, porque las legislaciones de los países en particular contienen en su redacción ciertos detalles que inciden en el análisis que puede hacerse del tipo. En todos los casos, no obstante, está regulado de manera subsidiaria, es decir, es aplicable siempre y cuando la conducta no corresponda a otro de los delitos contra la Administración Pública.

En primer lugar, la descripción de la acción típica es motivo de debate doctrinario. Carlos Creus nos habla de una conducta consistente, no en enriquecerse, sino en “no justificar” la procedencia del incremento patrimonial apreciable⁶³, esto en concordancia con la letra de la ley argentina que favorece la tesis de que se trata de un **delito de omisión**. La ley, pues, según dicho autor, no estaría presumiendo nada, sino imponiendo un deber y reprimiendo su incumplimiento. Esta idea se encuadra con la noción de “delitos de deber” a la que se refiere Roxin⁶⁴, en los que se lesiona una responsabilidad especial que tiene el autor en virtud del rol social que desempeña; el deber es extra-penal, originado en otra rama jurídica, que en este caso sería la administrativa. El enriquecimiento es preexistente respecto de la no justificación, pero es parte integrante de la acción de no justificar. La ley no exige pues, a criterio del autor, que se pruebe el origen lícito del patrimonio sino que se acredite que el aumento de patrimonio no proviene del ejercicio de la función. A nuestro parecer, finalmente, ambas situaciones son equivalentes, pues es la ilicitud del origen patrimonial la que justifica que la figura exista como delito, so pena de quebrantar el principio garantista de necesidad de la ley penal y aplicación de *ultima ratio*. No se puede, de cualquier manera, aplicar el criterio de Creus en el caso ecuatoriano, pues el tipo penal no contiene verbo alguno, sino una definición de lo que debe considerarse enriquecimiento ilícito -a saber, un resultado- y seguidamente, la sanción que corresponde. Creus cita a Fontán Balestra, para quien, lo que se sanciona, es el hecho de haberse enriquecido, mientras la no justificación de la procedencia del enriquecimiento, es condición de punibilidad. También cita a Núñez, quien indica que el Enriquecimiento Ilícito es un delito compuesto por dos actos: el positivo de haberse enriquecido, y el negativo de no justificar la procedencia del enriquecimiento.

Para Donna, en cambio, no es posible conocer si se trata de un tipo de comisión o de omisión⁶⁵. En el primer caso, el verbo rector sería “enriquecerse ilícitamente”, mientras que en el segundo, la situación se vuelve más compleja, pues al tratarse de una omisión de un requerimiento

62 Gómez Méndez Alfonso y Gómez Pavajeau Carlos, Obra Citada. Pág. 385.

63 Creus Carlos, Obra Citada. Pág. 312.

64 Citado por E.A. Donna en su artículo “El Concepto Dogmático de Funcionario Público en el Código Penal”.

65 Donna, Edgardo Alberto. Obra Citada. Pág. 389.

administrativo -el de declarar siempre el origen del incremento patrimonial- la pena se vuelve desmedida en relación a la falta. Y en cualquier caso, señala el maestro argentino, se trataría de un tipo incompleto, que se cierra con el requerimiento de la autoridad de que se justifique el enriquecimiento, salvo que éste se considere, como es el criterio de Fontán Balestra, un requisito de procedibilidad. Así ocurre en el momento presente en nuestro país, pues por resolución de la Corte Nacional de Justicia se exige un informe previo de Contraloría para poder iniciar la instrucción fiscal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Donna toma partido por la tesis de la inconstitucionalidad del tipo, según detallaremos posteriormente. Además, piensa el autor que el bien jurídico protegido no está claro, pues no se protegen los patrimonios de la Administración Pública o de los particulares, pues, incluso si el aumento patrimonial es de origen legítimo, el delito quedará configurado si por cualquier razón el funcionario no justifica su procedencia.

Xavier de la Fuente agrega que si el delito realmente fuera de infracción del deber, el tipo debería excluirse cuando el funcionario demuestra el origen de sus bienes, aunque éste sea ilegal, mientras que si lo que se exige es justificar la licitud del origen del patrimonio, la violación del deber pasa a segundo plano y lo importante es la legalidad o ilegalidad del enriquecimiento⁶⁶. El mismo autor señala que si en verdad se tratara de un tipo de omisión, quedaría por resolverse el problema que surge cuando el funcionario no justifica el incremento patrimonial, pero un tercero, por cualquier razón, lo hace.

Para el chileno Hernández Basualto⁶⁷, lo que encierra el concepto de Enriquecimiento Ilícito es la sospecha de que si un enriquecimiento no puede justificarse legalmente, seguramente proviene de actividades delictivas, que en el caso de los funcionarios públicos, serán actos de corrupción administrativa. Por tanto, nos encontramos frente a un tipo que adolece de total indeterminación de aquello que se presume, con lo que se estaría violentando incluso el principio de reserva legal en materia penal, sin mencionar la total desvinculación entre la conducta penada y la pena. El autor confronta también a Creus, agregando que si se tratase de realmente de un delito de omisión, sería indiferente el contenido de la explicación que diera el funcionario e incluso si apareciesen pruebas de descargo ajenas a su voluntad, habría que castigarle por el incumplimiento

66 De la Fuente, Xavier. Obra Citada. Pág. 90.

67 Hernández Basualto, Héctor. El Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios en el Derecho Penal Chileno, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, Valparaíso, Chile, 2o semestre de 2006. Pág. 183 - 222.

del deber de justificar el origen del patrimonio, criterio muy similar al expuesto por De la Fuente.

Quizá el problema más evidente relacionado con los delitos de corrupción, es la dificultad para probarlos. Al ocurrir en las medianas y altas esferas de poder, se perpetran de manera subrepticia y con todos los cuidados posibles. El acrecentamiento patrimonial proviene de uno o varios delitos que no pueden identificarse -nepotismo, peculado, cohecho, concusión, tráfico de influencias, lavado de dinero y un largo etcétera-; así, dice Sancinetti, con el objetivo de evitar la impunidad se creó un texto legal que incriminara el dato fáctico de que el funcionario registrase un incremento patrimonial, sin que pudiera justificarlo por vía de los ingresos por él declarados⁶⁸. La parte omisiva de la redacción, acota el mismo autor, responde solamente a la finalidad de simplificar la prueba del ilícito anterior, que no se ha podido individualizar⁶⁹.

Con estos antecedentes doctrinarios, y en vista de la ambigüedad del tipo, solamente podemos concluir que el enriquecimiento ilícito es en general un aumento patrimonial de origen ilegal, y que a esto debemos sumarle los elementos que vayamos encontrando en el análisis normativo, es decir: que este incremento patrimonial ilegal se da en el peculio de quien es o ha sido servidor público, como resultado de una conducta ilícita, misma que se presume cuando dicho servidor no puede probar el origen legítimo del patrimonio.

3. El Enriquecimiento Ilícito en los Instrumentos Internacionales

Nos hemos referido ya a la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), instrumento jurídico regional cuyo designio es prevenir y combatir la corrupción. Es el primer tratado internacional en la historia destinado a combatir la corrupción y por lo tanto ha influido en otros instrumentos celebrados posteriormente. Fue aprobada por la Tercera Sesión Plenaria de la OEA en Caracas en 1996 y puesta en vigencia al año siguiente. La han suscrito 26 estados⁷⁰. La Convención consta de 28 artículos, además de un preámbulo. Su artículo IX contiene el siguiente

68 Sancinetti, Marcelo. El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994. Pág. 17 y 18.

69 Ibídem. Pág. 46.

70 Argentina, Bahamas, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela

texto:

Artículo IX: 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.

Al ser esta disposición la base sobre la cual se construyeron o reformaron las tipificaciones del Enriquecimiento Ilícito en varios países americanos, no sorprende que contenga los mismos elementos que encontramos en el análisis comparado del tipo: el aumento patrimonial por una parte y la no justificación de su origen, por otra. Supone además la posibilidad del Estado de tener un conocimiento previo de la situación económica del funcionario público, la que se traduce generalmente en la obligación de realizar la declaración patrimonial juramentada antes de acceder al servicio público. El entonces Congreso ecuatoriano (hoy Asamblea) aprobó la Convención Interamericana contra la corrupción, mediante Resolución publicada en el Registro Oficial No. 70, de 22 de mayo de 1997. El texto de la CICC aparece publicado en el Registro Oficial No. 83, de 10 de junio de 1997.

Quienes abogan por las tendencias que establece la Convención, no tienen reparo en indicar que la tipificación del Enriquecimiento Ilícito resulta “especialmente útil” para los países latinoamericanos, que por sus limitaciones tecnológicas se ven imposibilitados de determinar qué delito efectivamente se produce y quedan a merced de la ostentación y poder de los funcionarios corruptos⁷¹. Sin embargo, destacamos que en el caso del enriquecimiento ilícito, el artículo viene a ser obligatorio para aquellos Estados que hayan tipificado esos actos de corrupción en sus

71 Manfroni Carlos, La Convención Interamericana Contra la Corrupción anotada y comentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997. Pág. 145

legislaciones penales. Para los Estados que no lo han tipificado, existe la obligación de "adoptar las medidas necesarias" para tipificarlos como delitos "en la medida que sus leyes lo permitan".

La Organización de Estados Americanos (OEA) ha implementado mecanismos de seguimiento para medir el nivel de compromiso de cada Estado parte en su lucha contra la corrupción, basados en cuestionarios que deben ser respondidos por investigadores de cada país. Así mismo, ha elaborado guías para el legislador, con el objeto de ilustrar modelos de tipificación de los delitos de corrupción que contiene el texto de la Convención. Al tratarse de un tratado internacional, la jerarquía de la Convención es superior a la del código penal, argumento interpuesto precisamente por quienes defienden la constitucionalidad del tipo, ya que las cartas magnas suelen reconocer como normas de conducta a las disposiciones de los tratados. No obstante, subrayamos nuevamente que la Convención pide tipificar el tipo a los estados, "con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico", lo que significa que la opción de no tipificar la figura, si está se opone definitivamente a los principios fundamentales del derecho, es válida en el marco de este tratado internacional.

Los Estados americanos suscriptores de la convención que han tipificado este delito son: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Perú, Venezuela, Nicaragua y más recientemente, Chile. Canadá y los Estados Unidos han formulado reparos a la disposición relacionada con el enriquecimiento ilícito; éste último país hizo clara su observación de que, por considerar que los delitos previstos en la convención ya estaban de una u otra manera incorporados a las leyes de los Estados Unidos, no se comprometerían a hacer modificación legislativa alguna. Respecto del Enriquecimiento Ilícito en particular, manifiesta expresamente que "el delito de enriquecimiento ilícito, tal y como establece el artículo IX de la Convención, impone la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema jurídico de este país"⁷².

No podemos dejar de mencionar otros instrumentos, como la Convención de las Naciones

⁷² Dato tomado del documento de Ratificaciones de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Disponible en <http://www.megalink.com/usemblapaz/Corruption/Ratificaciones.pdf>

Unidas contra la Corrupción, celebrada en octubre de 2003, la misma que en su texto indica:

Artículo 20 .- Enriquecimiento ilícito .- 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.

En este caso la obligación es más “leve” pues consiste en “considerar la posibilidad” de tipificar el delito, siempre con sujeción a la Constitución y los principios fundamentales del Derecho.

La Convención de la Unión Africana sobre la Prevención y la Lucha contra la Corrupción, es otro instrumento internacional que sigue la tendencia de conminar a la tipificación del Enriquecimiento Ilícito. En su artículo 8 establece precisamente la obligación de los estados parte, de hacerlo. Los instrumentos internacionales en materia de corrupción vigentes en la Unión Europea no consideran el Enriquecimiento Ilícito. Por supuesto, tiene sentido el argumento de que en países cuyos índices de corrupción son menores, no existe una verdadera necesidad social de tipificar una figura como la del Enriquecimiento Ilícito; pero también es válida la observación de que el respeto por los principios constitucionales se ha impuesto por encima de las consideraciones de política criminal.

4. El Enriquecimiento Ilícito en la Constitución de la República.-

La base dogmática del enriquecimiento ilícito en el Ecuador, puede encontrarse hoy en el texto de la Constitución de la República, aprobado con posterioridad a la vigencia de la norma penal:

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables

administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas

correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Como podemos ver, el texto constitucional se refiere a la responsabilidad de los funcionarios públicos por los delitos contra la administración pública, entre los que se incluye expresamente al enriquecimiento ilícito. Esta inclusión ha servido como argumento para quienes defienden la tesis de la constitucionalidad del tipo, aunque, según observaremos después, es perfectamente posible que exista una contradicción entre ciertas normas constitucionales y, por supuesto, los principios de aplicación de los derechos deben prevalecer en el momento de interpretar y aplicar las normas.

En cuanto a la responsabilidad de la Administración Pública, la Constitución establece la obligación de presentar declaraciones juramentadas patrimoniales -deber especial impuesto a los funcionarios públicos-, para hacer posible el control sobre el patrimonio del funcionario, incluido el de conviviente o cónyuge e hijos (Art. 231). La falta de declaración o la inconsistencia injustificada entre las declaraciones presentadas, hará presumir, dice la Carta Magna, Enriquecimiento Ilícito. Estos casos deben ser investigados por Contraloría. También se permite ampliar la solicitud de información patrimonial a quien se presume testaferro. Los delitos contra la administración pública pueden juzgarse en ausencia del reo y son imprescriptibles. Esto llama la atención, puesto que alrededor del mundo la imprescriptibilidad se acepta para los crímenes de lesa humanidad y genocidio pero, no para los delitos que cometen los funcionarios públicos. Naturalmente, en ningún momento se dice, en el texto constitucional, que la presunción de cometimiento de enriquecimiento ilícito en virtud de la falta o incoherencias en las declaraciones patrimoniales, lleve implícita la no aplicación de las garantías penales que estudiamos en el primer capítulo, tanto las contenidas en los instrumentos internacionales, cuanto en la propia

Constitución. No hay una fórmula que de manera expresa autorice, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba y no puede ser de otra manera.

Enmarcada en la corriente conocida como “Neoconstitucionalismo”, la Constitución de 2008, al declarar al Ecuador un Estado Constitucional de Derechos -superando la anterior definición como Estado Social de Derecho-, produce una vinculación importante entre la administración pública y el deber de respetar y garantizar los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. De hecho, uno de los principios transversales de nuestro ordenamiento constitucional, se encuentra en el numeral 5 del Art. 11, que indica que “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”; principio que tendremos en cuenta para consideraciones ulteriores.

Miguel Carbonell, en su prólogo a “Neoconstitucionalismo y Sociedad” de Ramiro Ávila, nos recuerda que el Neoconstitucionalismo propugna una función instrumental del Estado, pues éste debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales⁷³. Si la razón misma de ser del Estado, como lo establece el Art. 3 N. 2 de la Constitución, es garantizar el efectivo goce de los derechos, resulta ilógico suponer que ciertos individuos queden fuera de esta protección o que son renunciables los derechos constitucionales fundamentales, por más deberes jurídicos que asuman ciertas personas, como es el caso de los funcionarios públicos. Estos deberes se asumen sin que tenga por qué entenderse implícita una renuncia a la protección más importante que debe prestar el Estado de Derechos.

Ante la idea de respeto absoluto de los derechos por parte del Estado, se alza una antítesis que toma en consideración situaciones excepcionales en las que la Constitución no puede ser un “pacto suicida”⁷⁴. Situaciones como el terrorismo, los ataques de los carteles de narcotráfico, el crimen organizado y también la corrupción generalizada de funcionarios públicos, obligan a las sociedades a luchar contra un “enemigo” distinto al individuo común, al que no se le puede dar el mismo tratamiento que al ciudadano honesto, ideas éstas que sustentan la teoría del llamado derecho penal del enemigo, que referimos anteriormente. En esos casos la aplicación y vigencia de

73 Ávila Santamaría Ramiro, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito 2008. Pág. 9.

74 Miguel Carbonell en la obra citada de Ramiro Ávila Santamaría, pág. 11. A su vez cita a Richard Posner en “The constitution in a time of national emergency”. Nueva York, Oxford University Press, 2006.

los derechos admitiría restricciones: este es uno de los grandes dilemas del constitucionalismo contemporáneo.

5. Tratamiento en la Legislación Ecuatoriana

El Enriquecimiento Ilícito es un tipo genérico, residual y subsidiario que opera para sancionar una conducta que no se conoce, pero que se presume en razón del incremento patrimonial; por lo tanto no puede concurrir con otros tipos penales afines como el peculado, el cohecho o la concusión, pues en ese caso serían éstos los que debieran aplicarse. La tipificación del enriquecimiento ilícito en los países americanos obedece, en gran parte, a la suscripción de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. En Ecuador está tipificado desde la promulgación de la Ley 6, publicada en el Registro Oficial 260 del 29 de Agosto de 1985, durante la presidencia de León Febres-Cordero. Entonces se introdujeron tres artículos innumerados a continuación del Art. 296 del Código Penal, que se refieren al enriquecimiento ilícito.

El Código Penal Ecuatoriano vigente en estos momentos, describe al tipo penal como sigue:

DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

(Agregado por la Ley 6, 260-S, 29-VIII-85).

Art.- 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, generado por actos no permitidos por las leyes y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.

Art.- El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión

y la restitución del doble del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.

Art.- Son aplicables los dos artículos innumerados anteriores a quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito

de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

De la lectura del texto se establece que no existe efectivamente la descripción de una conducta determinada. No podemos asumir que la acción consiste en “enriquecerse ilícitamente”, ya que al decir “incremento injustificado del patrimonio de una persona” se infiere que la situación consiste en que alguien no haya podido justificar el origen legal de sus bienes, y al no poder hacerlo, la ley presume que éstos tienen origen en actos ilegales. En otras palabras, nos encontramos ante una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario -prueba que debe aportar el imputado para que el incremento patrimonial deje de ser injustificado- pero que a falta de ella faculta al juez a confirmar en sentencia la existencia del delito. Resulta, pues, clarísima, la inversión de la carga de la prueba. Se afecta el principio de legalidad porque no se incrimina una conducta sino un estado de cosas. No olvidemos que el concepto de acción es ontológico: en lugar de imputar desde el resultado, debe imputarse desde la acción. La norma no puede prohibir un resultado sino una acción, ya que si prohíbe el resultado se trataría de una prohibición objetiva y como dice el aforismo: “la causalidad es ciega, la finalidad es vidente”⁷⁵. La sentencia tiene que poder explicarse a través de todas las características de la acción, de lo contrario sería una sentencia arbitraria e ilegítima. Sin embargo, al añadirse el elemento normativo “generado por actos no permitidos por las leyes” también sería posible alegar que corresponde al ministerio público probar de manera inequívoca que el enriquecimiento no es el resultado de ingresos legalmente percibidos.

Ahora bien, ¿por qué el derecho penal no debe prohibir resultados? Conviene hacer un paréntesis en este punto para procurar contestar esta pregunta, primero desde las consideraciones de la teoría del delito, y luego desde un enfoque político-ideológico. Cerezo MÍr considera que la acción es el elemento básico unitario dentro de la teoría del delito, pues enlaza todas las fases del enjuiciamiento jurídico-penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y cumple, además una función limitativa pues excluye las conductas que carecen de relevancia para el derecho penal⁷⁶. En el finalismo de Welzel, el ordenamiento jurídico prohíbe acciones en las cuales la voluntad de realización -dolo- está dirigida a la producción de una situación o un proceso -resultado- (en este caso hablamos de los delitos dolosos de comisión), y en menor medida se ocupa de acciones finales en tanto se hayan ejecutado sin el cuidado requerido para evitar efectos sociales no

75 Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1987. Pág. 54.

76 Cerezo Mir, José. Derecho Penal Parte General I, ARA Editores, Perú, 2006. Pág. 390.

deseados⁷⁷ (delitos culposos de comisión). La especificación precisa de cuál es la acción prohibida determina el cumplimiento del principio de legalidad, pues sólo con una descripción exacta es posible que el ciudadano y las autoridades reconozcan qué formas de conducta están prohibidas. Cuando un tipo penal no describe exhaustivamente la materia de la prohibición, se habla de tipos penales “abiertos”, cuya inconstitucionalidad es materia de discusión reiterada, pues requieren ser completados por el operador de justicia. Por lo general los tipos culposos son abiertos, pues la norma sólo describe un resultado, pero los tipos dolosos, han de ser necesariamente “cerrados”. Siguiendo en la dinámica de Welzel, un tipo penal no es jamás antijurídico, lo antijurídico es la realización del tipo⁷⁸. La antijuridicidad es la desaprobación de un hecho referido a un autor. Lo injusto es injusto personal: el resultado debe ser parte de la acción. El desvalor del resultado no cumple ninguna función en la constitución del injusto, es el desvalor de la acción lo que agota el injusto.

Si nos apartamos de estos postulados finalistas, abandonaremos el derecho penal del acto por un derecho penal de autor que, como mencionamos en el primer capítulo, tiene por relevante a la peligrosidad del individuo y su comportamiento delictivo habitual, con lo que éste queda etiquetado como enemigo y pierde el derecho a reclamar las garantías que normalmente corresponden a los ciudadanos. Este patrón se siguió en los regímenes nazi-facistas para legitimar la intervención penal en consideración del sujeto y no de sus acciones. Es una tesis que favorece la discriminación, la persecución política e ideológica y la aparición de un Estado de Policía que reemplaza al Estado de Derechos.

Cerramos ahora el paréntesis y forzando un poco la letra de la ley ecuatoriana, diremos que la conducta típica consiste en “incrementar injustificadamente el patrimonio” con lo que volvemos sobre lo mismo: la no justificación es un elemento normativo que no puede acompañar *a priori* a la conducta en sí, pues en última instancia siempre puede ser posible justificar lo que inicialmente se creía injustificado. La falta de justificación es el elemento que determina la sospecha de que se ha cometido un delito y el inicio de las investigaciones. La no justificación, además, implica que no se está hablando de un incremento patrimonial derivado de la normal actividad económica de la persona, sino de un incremento especialmente inexplicable -desmesurado- al ser comparado con la situación financiera conocida del sujeto. En suma, justificar el origen patrimonial se traduce en

⁷⁷ Ibidem. Pág. 59.

⁷⁸ Welzel, Hans. Obra Citada. Pág. 73.

demostrar que no tiene un origen en el ejercicio indebido del cargo público.

Otro problema de la redacción del tipo consiste en que según sus palabras no es necesario vincular el resultado con la acción dirigida del actor, ya que es suficiente que el incremento se produzca “con ocasión” del ejercicio del cargo, es decir, no es necesario probar la responsabilidad o el nexo causal entre el enriquecimiento y las actividades ilícitas del funcionario, pero debe haber un nexo funcional entre el sujeto activo y el cargo. De cualquier manera, no podría imputarse este delito a quien ha conseguido un incremento patrimonial como consecuencia de otros delitos (pensemos en el lavado de activos, el narcotráfico, el proxenetismo o cualquiera de los otros delitos contra la administración pública), y en estricta aplicación de las garantías penales, corresponderá al Ministerio Público demostrar que el enriquecimiento se ha dado “con ocasión o como consecuencia” del ejercicio del cargo. La prueba, compartiendo el criterio de Gómez Méndez⁷⁹, sólo podría ser indiciaria, pues tratándose de prueba directa se estaría ya comprobando que se ha estructurado uno de los tipos principales contra la administración pública.

En cuanto a la pena, la ley prevé, además de la privación de la libertad -uno a cinco años de prisión-, una pena pecuniaria consistente en la restitución del doble del monto del enriquecimiento, aunque no se aclara si la restitución es para el Estado únicamente o también para los particulares que hubieran podido resultar perjudicados. La sanción procede, dice el código, siempre que no se hubiera configurado otro delito; es decir, también se hace referencia a la subsidiariedad del tipo, que procede en definitiva cuando no es posible comprobar la existencia de otros delitos. Por tanto el Enriquecimiento Ilícito no puede concurrir con ningún otro de los tipos contra la Administración Pública.

Hace poco en nuestro país, se preparó un anteproyecto de Código de Garantías Penales con la intención de modernizar y adecuar la legislación penal a la Constitución aprobada en 2008. Hoy parece que el proyecto ha quedado rezagado, sin embargo es interesante mencionar que no estaban previstos mayores cambios respecto del Enriquecimiento Ilícito, al menos en cuanto a la observancia de los principios penales que el delito pone en entredicho. Veamos:

Art. 172.- Enriquecimiento Ilícito.- Será sancionado con pena de restricción de la libertad

79 Gómez Méndez Alfonso y Gómez Pavajeau Carlos, Obra Citada. Pág. 400.

de hasta dieciséis (16) años la servidora o servidor público que, durante su vinculación al Estado o durante el año siguiente a su desvinculación, haya obtenido para sí o tercero un incremento patrimonial injustificado, a su nombre o mediante interpuesta persona, producto de un uso abusivo o fraudulento de su cargo o función, siempre y cuando el reporte del beneficio fraudulento sea mayor a cinco mil (5000) remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

Lo primero que nos llama la atención es que la pena privativa de la libertad se incrementa, además de que se establece una época temporal en la que debe haberse producido el aumento patrimonial, la que se extiende hasta un año posterior a la desvinculación del cargo. Encontramos ya lo que podría llamarse verbo rector: obtener un incremento patrimonial injustificado; expresión similar a la que utilizan los códigos penales colombiano y mexicano en sus propias regulaciones. Se añade también la posibilidad de que el beneficio patrimonial sea para terceros y se aclara que el enriquecimiento debe haber sido producto de un ejercicio abusivo del cargo, para poder considerarse ilícito. Además hay una descripción cuantitativa objetiva que indica desde qué monto de aumento patrimonial puede hablarse de enriquecimiento ilícito. Ni en la actual regulación penal ni en el anteproyecto mencionado, se prevé como sanción la inhabilidad para ejercer cargos públicos en lo sucesivo, de manera temporal o permanente, lo que sí ocurre en otras legislaciones latinoamericanas.

Como dato informativo mencionaremos, finalmente, que en mayo de 2011 se aprobó, vía consulta popular, una pregunta dirigida a disponer que la Asamblea Nacional tipifique, además del Enriquecimiento Ilícito de funcionario público, aquél en que puedan incurrir los particulares. Figura similar tiene regulación en el código penal colombiano. Estos tipos formarán parte, de acuerdo con el nuevo proyecto que se debate en la Asamblea, de un código penal integral.

a) Estructura típica: aspectos objetivos y subjetivos

Analizaremos ahora, de manera esquemática, cómo está formada la estructura típica del

Enriquecimiento Ilícito según se deriva de las disposiciones del código penal ecuatoriano:

Parte Objetiva del Tipo	Parte Subjetiva del Tipo
1) <u>Sujetos</u> : Activo: el funcionario o servidor público. Pasivo: La Administración Pública.	1) <u>Dolo</u> : Es la voluntad y el conocimiento de todos los elementos de la parte objetiva del tipo. El enriquecimiento es ilícito justamente por ser doloso. No es posible el error de tipo.
2) <u>Bien Jurídico Protegido</u> : El normal funcionamiento de la Administración Pública.	
3) <u>Acción Típica</u> : El texto legal define en qué consiste el enriquecimiento ilícito, pero no está prevista una acción o verbo rector determinado. Frente a ello nos encontramos con dos posibilidades: la acción consiste en “enriquecerse ilícitamente” o bien en “no justificar el origen lícito del patrimonio”.	
4) <u>Enriquecimiento Injustificado</u> : Elemento normativo que exige verificar que no se ha justificado el origen lícito del patrimonio. No debe confundirse con la justificación en cuanto exclusión de la antijuridicidad.	
5) <u>Relación Funcional</u> : El enriquecimiento debe haberse producido con ocasión o como consecuencia del ejercicio de un cargo público.	

A la tabla propuesta, agregamos las siguientes acotaciones:

- Sujeto activo: es cualificado, y debe exigirse la existencia de un vínculo funcional entre el cargo del agente y el incremento patrimonial no justificado. En nuestro código penal se especifica que el enriquecimiento debe haberse producido “con ocasión o como

consencuencia” del ejercicio de un cargo público. No es necesario que la persona haya dejado de desempeñarse en el cargo para poder ser sujeto activo del delito.

- Bien jurídico protegido: se ha explicado doctrinariamente como la administración pública frente a los hechos que, inspirados en un fin lucrativo del agente, pervierten la actuación funcional pública.
- Acción típica: no hay una propiamente dicha, pues la ley se limita a describir en qué consiste el enriquecimiento, que es una situación de hecho. Esto se debe al carácter residual o subsidiario de la figura, que fue creada, como hemos dicho, para evitar que los delitos cometidos por los funcionarios públicos quedaran en la impunidad por falta de medios probatorios. La descripción de la acción típica es motivo de varios debates doctrinarios según la legislación de la que deriven. De todos modos dicho aumento debe ser real y cuantificable, no presuntivo, y no corresponder al producido con anterioridad a la asunción del cargo. Para establecerlo, Contraloría deberá hacer uso de las declaraciones patrimoniales periódicas.
- Concurso: Por ser un delito subsidiario, no admite concurrencia con otras figuras. Si durante el proceso llegase a determinarse que el enriquecimiento es resultado de un delito principal como el prevaricato, peculado, cohecho o concusión, habría que resolver el caso aplicando la norma específica. Podría, en teoría, imaginarse un caso en el que diversos incrementos patrimoniales se produzcan como consecuencia de diferentes hechos ilícitos. Pero esta descomposición en momentos diferentes será muy difícil de demostrar en la práctica y no debemos olvidar que el patrimonio de la persona es uno solo en su conjunto.
- Falta de justificación: Hay un elemento normativo del tipo que se encuentra en el término “injustificado”, con el que se califica al aumento patrimonial, es decir, la falta de acreditación de la procedencia del enriquecimiento, sea por guardar silencio o por imposibilidad de hacerlo.
- Tentativa: Si se considera un delito de omisión, el Enriquecimiento Ilícito no admite tentativa. Si se considera un delito de comisión, por otra parte, todavía resulta difícil imaginar la tentativa, pues si la acción consiste en uno de los delitos principales contra la administración pública, la tentativa será de uno de estos delitos y no de enriquecimiento ilícito, que finalmente es el resultado. De cualquier forma, para poder establecer la tentativa sería necesario poder determinar el momento en que se obtuvo el incremento patrimonial, lo que resulta muy complejo en un delito residual como éste.

- Coautoría: nos encontramos con la misma dificultad de no poder saber en qué consistió exactamente la conducta, es decir la causalidad específica, por lo que sólo es admisible la autoría.
- Causales de justificación: la legítima defensa nos resulta muy difícil de relacionar con este tipo. Si acaso podríamos plantear una situación de estado de necesidad cuando el enriquecimiento se da en el sentido de disminución del pasivo, pero teniendo en cuenta que no conocemos la conducta precisa que se ha perpetrado y que en todo caso lo más probable es que se trate de un comportamiento permanente, termina siendo también complicadísimo vislumbrar la situación de urgencia.
- Culpabilidad: el sujeto activo debe tener conciencia de lo injusto del comportamiento, y no debe ser exigible otra conducta. Nuestro ordenamiento penal no contempla la posibilidad de error de prohibición, pero de cualquier manera éste resulta prácticamente imposible de darse en el enriquecimiento ilícito, dada la naturaleza de las funciones del sujeto activo.

b) El juzgamiento del Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador

En Ecuador, para el ingreso al servicio público y también para abandonar el mismo, la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, fija como requisito previo, la realización de una declaración patrimonial juramentada, que se efectúa llenando un formulario universal publicado por la Contraloría General del Estado, en el cual podemos apreciar, revisando los distintos ítems, cuáles son los bienes muebles e inmuebles que pertenecen al funcionario, así como sus créditos por cobrar y por pagar, inversiones, tarjetas de crédito, cuentas bancarias, etc. Además, está vigente la “Ley que regula las declaraciones patrimoniales juramentadas”, que establece mecanismos para que la Contraloría pueda presumir el enriquecimiento ilícito a través de la comparación de las declaraciones realizadas antes y después de ejercer la función. De encontrarse diferencias evidentes, se le notificará al declarante para que se pronuncie al respecto en el plazo de dos meses. Si el pronunciamiento no se hace o resulta insuficiente, la Contraloría debe emitir resolución determinando si hay o no indicios de responsabilidad penal. De ser el caso debe remitir toda la prueba acumulada a Fiscalía para que puedan iniciarse las investigaciones. También la falta de presentación de la declaración juramentada, hace presumir el enriquecimiento ilícito, según la ley.

Se discute en el país si puede encontrarse una especie de “prejudicialidad” -más bien sería un requisito de procedibilidad- en este procedimiento administrativo previo, teniendo cuenta que existe una Circular de la Corte Nacional de Justicia⁸⁰, que dispone que para el ejercicio de la acción penal pública por los hechos a los que se refiere el Art. 257 del Código Penal y los innumerados agregados a continuación (referentes al enriquecimiento ilícito), se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado en el que se determine indicios de responsabilidad penal. De cualquier manera, no resulta difícil para nadie imaginar que es perfectamente posible falsear la declaración juramentada y esconder la fortuna obtenida ilícitamente valiéndose de distintos medios, por lo que no siempre serán las declaraciones juramentadas instrumentos idóneos para conducir al descubrimiento de la corrupción.

La verdad es que el valor práctico de haber tipificado el Enriquecimiento Ilícito en nuestro país, todavía no ha sido confirmado. Pese a que uno de los grandes argumentos a favor de la inclusión del tipo en la legislación penal, es justamente servir para el procesamiento de aquellos funcionarios corruptos a quienes no se les puede probar la comisión de otro delito, en la realidad aplicar el tipo es sumamente difícil y reviste numerosas dificultades procesales, hay que decirlo, ante todo por el desconocimiento de jueces y fiscales.

Aunque se han iniciado muchas indagaciones fiscales relacionadas con el enriquecimiento ilícito, son contados los casos sentenciados en nuestro país, entre ellos el del ex magistrado de la entonces Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional), Olmedo Bermeo Idrovo, iniciado en 2003 y que fue absuelto; y por otra parte el del agente de policía Rafael Villota, de 2007, sentenciado a 30 meses de prisión y a la devolución de 235 mil dólares por el delito de enriquecimiento ilícito. En este último caso, según la Fiscalía, Villota cobró “coimas” durante su gestión como subjefe de Tránsito. Nos preguntamos, entonces, por qué no se persiguió por el delito que correspondía si la acción consistió en recibir coimas, y naturalmente la respuesta es la imposibilidad de probar que efectivamente así ocurrió. De hecho, se inició un proceso por el delito de concusión, en el cual el oficial resultó absuelto por no haberse demostrado el hecho con plena

80 Registro Oficial de la Administración del Sr. Ec. Rafael Correa Delgado. Año 1. Quito, Viernes 19 de Marzo de 2010. Nro. 154.

prueba⁸¹. En el juicio por enriquecimiento ilícito sustentado simultáneamente -aquí evidenciamos ya el rompimiento del principio *non bis in idem* al seguirse dos procesos diferentes sobre los mismos fundamentos de hecho-, el fiscal distrital de Pichincha determinó que el oficial no justificó la acumulación de 230 mil dólares en su patrimonio, pese a que su sueldo anual no llegaba a los 25 mil. Posteriormente se concedió la rebaja de la mitad de la pena y la inmediata libertad.

En el caso de Bermeo, en el que nos detendremos con más detalle por haber sido extensamente cubierto por los medios, luego de la denuncia presentada por un entonces diputado del Congreso Nacional, el principal argumento del Fiscal, era la existencia de ciertas propiedades inmuebles -cuyos titulares eran los familiares del reo- que no habían sido incluidas en la declaración patrimonial juramentada, y un informe de Contraloría basado en la suma total de los valores comerciales de los bienes, aunque el informe no pudo ser aceptado por no haber cumplido con los plazos establecidos en la ley y por no haber sido conocido por el encausado. Transcurrieron cinco años desde el inicio de la instrucción fiscal hasta la audiencia de juzgamiento. Durante la sustanciación del proceso, el acusado consiguió justificar el origen lícito de sus bienes patrimoniales, por lo que fue absuelto⁸². La Sala consideró, además, en una sentencia de cuarenta y siete páginas de extensión, la imposibilidad de determinar cuál habría sido la conducta que produjo como consecuencia un aumento patrimonial⁸³. Esto último es importante, pues nos encontramos ante un esfuerzo por aplicar los principios del derecho penal, insistiendo especialmente en la necesidad de que el fiscal pruebe la relación entre el incremento patrimonial y el ejercicio abusivo del cargo. El considerando octavo para la absolución del imputado dice textualmente:

8.- En conclusión el Ministerio Público, debía demostrar durante la sustanciación de la etapa del juicio, que el acusado, incrementó su patrimonio de forma ilícita abusando de su cargo de Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia, es decir no limitarse tan solo a realizar un inventario y valoración de los bienes y cuentas del acusado, sino demostrando

81 Información tomada de la nota de prensa publicada por Diario Hoy el 25 de Abril de 2011. Disponible en <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/las-cuentas-de-villota-471557.html>

82 Información publicada en Diario El Mercurio en 2008-09-04. Disponible en <http://www.elmercurio.com.ec/hemeroteca-virtual?noticia=94786>

83 Información obtenida del portal de noticias Ecuador Inmediato. Disponible en http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/fiscalia_manifiesta_extraneza_por_reclamo_de_olmedo_bermeo_ante_comision_interamericana_de_ddhh--131604

el nexo causal que este patrimonio tenía con el cargo público desempeñado. Sin embargo, del análisis de la prueba testimonial y documental actuada por el Fiscal, en especial del análisis de los testimonios de los peritos, así como de los documentos que fueran aparejados no se puede desprender algún tipo de indicio grave, preciso y concordante sobre algún acto que constituya un abuso del cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia con el fin de acrecentar el patrimonio, pues no hay evidencia procesal alguna que el acusado haya utilizado su cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia para enriquecerse ilícitamente, así como tampoco se ha demostrado conforme lo ya analizado, ninguno de los elementos subjetivos ni objetivos del tipo penal acusado, por lo que a su vez, no puede considerarse configurada en el caso que ocupa a la Sala la existencia de la categoría dogmática de la tipicidad, ni analizarse por ello la imputación objetiva del autor, en cuya ausencia no se puede entrar a considerar la antijuridicidad formal, ni la antijuridicidad material del acto típico acusado, por lo que en ausencia de estas dos categorías dogmáticas, la Sala no puede entrar analizar la culpabilidad y grado de responsabilidad del acusado; (...)⁸⁴.

Luego de su absolución, el ex juez prosupo una denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contra el Estado ecuatoriano, por violaciones al debido proceso, la cual no se ha resuelto hasta el momento de la realización de este estudio.

Otros casos que se han investigado, sin llegar a una sentencia condenatoria o absolutoria, han sido:

- La denuncia contra Inés Piedad García Burbano, ex empleada de Petrocomercial, y Robert Mauricio Guevara Páez (2008), abogado de Petroindustrial, promovida por el entonces Secretario Anticorrupción. Se conoce que otras 57 investigaciones se iniciaron contra empleados de Petroecuador, aunque no se ha hecho público su desarrollo.
- Instrucción Fiscal iniciada en contra del ex presidente de la República Alfredo Palacio (2008), quien habría omitido mencionar algunas cuentas bancarias en su declaración juramentada de bienes.

84 Sentencia publicada en el portal web <http://www.alfonsozambrano.com> Disponible en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/proyecto_bermeo.doc

- La investigación iniciada contra el ex ministro del deporte Raúl Carrión (2009), contra quien se ordenó prisión preventiva pero luego se sustituyó la medida por la prohibición de salida del país. Carrión habría estado involucrado en contrataciones irregulares para obras deportivas y el cobro de “coimas”.
- Indagaciones iniciadas por denuncia del Secretario de Transparencia, en contra de 19 empleados de la Refinería de Esmeraldas.
- Investigación iniciada por Contraloría, a cerca de 700 personas entre jueces y empleados judiciales (2010) que no habrían presentado su declaración patrimonial juramentada de conformidad con la ley.

6. El Enriquecimiento Ilícito en el Derecho Comparado

Es importante observar, con el objeto de establecer una comparación ilustrativa, cómo se han tipificado figuras similares en los códigos penales de otras naciones. Como en nuestro país, en el resto de Latinoamérica, el tipo penal es de introducción relativamente reciente y se debe en muchos casos a la expresa petición de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, aunque en nuestro país, como en Argentina y México, el tipo se puso en vigencia antes de la ratificación de la Convención. Lo que salta a la vista, de todas maneras, es que la tendencia a tipificar el enriquecimiento ilícito es ante todo latinoamericana, si bien la iniciativa ha sido acogida ya en algunos países africanos. Los países anglosajones americanos han rehusado a hacerlo. A continuación hemos seleccionado algunas legislaciones cuyos textos plantean diferentes enfoques y dificultades sobre el delito analizado, que enriquecerán nuestro estudio.

a) Chile

Las dificultades que presenta la figura han hecho que sólo después de numerosos debates se llegue a aceptar la inclusión del enriquecimiento ilícito en la ley penal de Chile, en donde hasta 2005 no se tipificaba el Enriquecimiento Ilícito, pues la discusión legislativa consideraba que el tipo era apenas compatible con las garantías básicas de un Estado de Derecho y “más expresión de demagogia que promesa de efectividad”⁸⁵. A partir de 2006, y bajo la clara influencia de la

85 Hernández Héctor, El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios, Revista de Derecho de la Universidad

Convención Interamericana Contra la Corrupción, se empezó a regular el delito de la siguiente manera:

Art. 241 bis.- El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio. Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito. La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público. Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código⁸⁶.

La legislación chilena parece adscribirse a las nociones de Silva Sánchez sobre un derecho penal que no aplique penas privativas de la libertad cuando se han flexibilizado las garantías. Como podemos ver, hay algunas diferencias significativas respecto de la regulación ecuatoriana. En primer lugar encontramos un verbo rector, que sería “obtener un incremento patrimonial relevante e injustificado” -redacción similar a la de Colombia-, con lo que, si bien todavía nos queda por completar en qué momento se entiende que el incremento es injustificado, al menos ya no se está describiendo una circunstancia de hecho sino una conducta. En segundo lugar, se subraya la subsidiariedad del tipo, es decir, solamente debe aplicarse cuando no es posible atribuir el incremento a otro delito tipificado. Esto necesitaría una reglamentación quizá, para asegurar que antes de perseguir el Enriquecimiento Ilícito se hayan hecho los esfuerzos necesarios para asegurar que no exista otro ilícito patrimonial. También salta a la vista que el tipo no contiene una

Católica de Valparaíso, 2006. Pág. 2.

86 Fuente: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>).

sanción privativa de la libertad. Finalmente, se indica expresamente que la carga de la prueba recae -como debe ser- en el Ministerio Público, es decir que quien debe demostrar el carácter de ilícito del incremento patrimonial, es el Estado, que debe poder excluir las posibles fuentes legítimas de enriquecimiento que sea pertinente considerar en cada caso (se entiende, no limitándose únicamente a los salarios que recibe el funcionario en razón de su cargo). En Chile están obligados a presentar declaración jurada de bienes todas las autoridades que ejercen una función pública. Ésta debe actualizarse cada cuatro años y al dejar el cargo. En la regulación chilena, se hace, además, un reconocimiento expreso del derecho que asiste al imputado de resarcirse por los daños materiales y morales que una denuncia o querrela maliciosa hubiera podido causarle.

b) Argentina

La tradición penal argentina es la que tiene la más larga historia en cuanto a la regulación del Enriquecimiento Ilícito y a su vez ha influido en la tipificación realizada en otros países como Colombia y Costa Rica⁸⁷. Lo ha considerado entre sus tipos, desde antes de la suscripción de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. El tipo se introdujo por primera vez en 1964 a través de la ley 16.648⁸⁸, que incorporó el título correspondiente al enriquecimiento ilícito en los siguientes términos:

Art. 268-2. Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años el que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta a su pedido y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años.

Posteriormente, en 1999, a través de la ley 25.188⁸⁹ sobre Ética en el Ejercicio de la Función Pública, estando ya suscrita la Convención Interamericana, se sustituyó el artículo anterior por el siguiente:

87 Bárcenas Espitia, Edgar. El Enriquecimiento Ilícito, Web System E.U., Bogotá, Colombia, 2003. Pág. 31.

88 Rodríguez, Agustín Washington. Corrupción y Enriquecimiento Ilícito, Editorial Juris, Argentina, 1998. Pág. 32.

89 Fuente: Sitio Web del Sistema de Declaraciones Juradas Patrimoniales (<http://www.ddjonline.gov.ar/>).

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

La redacción más antigua no tenía prevista la pena pecuniaria, al tiempo que la inhabilitación no era perpetua. La época en que debe haber ocurrido el enriquecimiento se fija hasta dos años después de haber cesado en el desempeño del cargo, se agrega la regla de interpretación auténtica consistente en entender a la cancelación de deudas (extinción del pasivo patrimonial) como forma de enriquecimiento y, finalmente, a la persona interpuesta se le impone la misma pena que al funcionario público encausado.

La diferencia más importante respecto de la regulación ecuatoriana, es que la redacción argentina hace posible sostener que se trata de un delito de omisión, al expresar claramente “no justificar la procedencia” como verbo rector. Esto plantea una situación del todo diferente, pues la acción se consumaría cuando, vencidos los plazos para acreditar el origen patrimonial, el agente no ha justificado la procedencia del incremento. Se ha argumentado repetidamente en el sentido de que el hecho punible es omisivo y consiste en no informar sobre actos previos a un incremento patrimonial considerable.

Creus⁹⁰ indica al respecto que el enriquecimiento obtenido durante el ejercicio de las funciones puede perfectamente ser lícito, por ello la ley no puede prohibir el enriquecimiento en sí; de modo que la figura no debería ser referida como Enriquecimiento Ilícito sino como “no justificación de enriquecimiento”.

90 Creus Carlos, Delitos Contra la Administración Pública (Cit.). Pág. 418.

Sin embargo, es evidente para cualquier persona que lo que busca la ley penal es prevenir justamente esos actos previos que dieron como resultado el incremento. Según hemos podido ya percibir, se lo considera un delito de “de sospecha”. En palabras de Sancinetti “tú delinques si no demuestras que eres inocente”⁹¹.

Un elemento que no contiene nuestra legislación y la argentina sí, es la “persona interpuesta” en cuyo patrimonio se produce el enriquecimiento, siempre que este tercero actúe para disimular el delito del agente. A esto le añadimos el “debido requerimiento”, que nuestra ley no exige, aunque las leyes administrativas completen el tipo cuando obligan a contar con el informe previo de Contraloría. En el caso argentino, la doctrina considera que la autoridad habilitada para el requerimiento es la judicial.

Como en nuestro país, en Argentina se aplica, para el acceso y permanencia en la función pública, un Sistema de Declaraciones Juradas, que en su caso debe actualizarse anualmente. El mismo es informatizado y está regulado por la Ley de Ética Pública; las declaraciones juradas revisten el carácter de secretas. La República Argentina ratificó la Convención Interamericana Contra la Corrupción en 1997, mediante la ley No. 24.759.

c) Colombia

El Artículo 412 del Código Penal vigente en Colombia establece lo siguiente:

El servidor público que durante su vinculación con la Administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 6 a 10 años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento, sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 6 a 10 años⁹².

91 Citado por Maximiliano A. Rusconi en la conferencia leída en el Congreso Nacional sobre el Proceso Penal, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1997. Transcripción disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/dfichero_articulo?codigo=174765&orden=88099

92 Fuente: Gómez Méndez Alfonso y Gómez Pavajeau Carlos, Obra Citada. Pág. 392.

A diferencia de lo que ocurre en Argentina, en el caso colombiano no podemos hablar de un tipo de omisión, pues el verbo rector vendría a ser “obtener para sí o para otro un incremento patrimonial no justificado”, siempre que tal enriquecimiento se haya obtenido por razón del cargo. La no justificación es, pues, un elemento normativo del tipo.

En cuanto a la pena, aunque se establece una privación de la libertad mayor a la que prescribe el código ecuatoriano, la restitución económica a la que se obliga, es la misma.

Por disposición constitucional, en Colombia también es obligatoria la declaración juramentada de bienes y rentas, para tomar posesión del cargo y retirarse del mismo.

La vinculación con la administración tiene un límite temporal que se extiende hasta los dos años posteriores el abandono del cargo.

Interesante resulta el planteamiento de la Corte Constitucional colombiana, de que el bien jurídico protegido en este caso es la moral social⁹³.

d) México

México tipifica el enriquecimiento ilícito en los siguientes términos:

Artículo 224. Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Incorre en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el

93 Bárcenas Espitia Edgar, Obra Citada. Pág. 28.

servidor público adquiriera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma Ley, a sabiendas de esta circunstancia. Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones: Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

En el caso mexicano también, lo que resulta punible es la consecuencia de la acción; no la acción misma; aunque podría interpretarse que la conducta típica consiste en “incurrir en enriquecimiento ilícito” o, lo que es lo mismo “enriquecerse ilícitamente”. Pero, como a renglón seguido se indica que existe enriquecimiento ilícito cuando no se puede acreditar el origen patrimonial, nos queda la duda acerca de si se trata de un delito de comisión o de omisión. Así como en nuestro país, la Constitución mexicana contiene una referencia expresa a la responsabilidad por el enriquecimiento ilícito, en este caso en su Art. 109. En México rige un Sistema de Declaraciones de Situación Patrimonial que obliga a presentar declaraciones al asumir el cargo, anualmente, y al abandonar el cargo. En México las declaraciones son secretas en primera instancia, a menos que el declarante autorice su publicación. El testaferrismo está expresamente penado en el código mexicano, mientras que las sanciones para el sindicado principal dependen del monto a que ascienda el enriquecimiento, pudiendo llegar a los 14 años de prisión y una inhabilitación por el mismo tiempo para ejercer nuevamente cargo público, además de las multas. Un caso conocido de persecución de este tipo penal en México, fue el proceso iniciado contra el expresidente Carlos Salinas de Gortari y contra su hermano Raúl.

e) Europa

En cuanto a Europa continental, los cuerpos penales español y alemán, de tradicional influencia en el pensamiento penal de Latinoamérica, no contienen una tipificación del enriquecimiento ilícito como tipo residual, sino únicamente las conductas que pueden dar como resultado un aumento patrimonial ilegítimo, por ejemplo la malversación, el cohecho, la concusión, el prevaricato, el tráfico de influencias, entre otros.

Por su parte, el derecho francés, cuya influencia en el derecho civil latinoamericano es muy fuerte, tiene una tradición penal de tipificación de formas específicas de enriquecimiento ilícito, como el derivado del proxenetismo, tipificado en el numeral 3 del Art. 225-6 del código vigente, que asimila al proxenetismo el no poder justificar recursos correspondientes al tren de vida mientras se vive o se mantiene relaciones con personas habitualmente dedicadas a la prostitución. Similar, pero más amplio, es el tipo contenido en el Art. 321-6, que castiga el no poder justificar recursos correspondientes al tren de vida, cuando se mantienen relaciones habituales con personas que se dediquen a la comisión de crímenes⁹⁴. No encontramos, sin embargo, ningún tipo parecido al que la tendencia latinoamericana llama Enriquecimiento Ilícito.

El código penal italiano, en un contexto político e histórico de sonados escándalos de corrupción otros relacionados con la mafia, contiene una norma que se refiere al “abuso del cargo”, redactada en los siguientes términos en el Art. 323 del *Codice Penale*:

Salvo que el hecho no constituya un delito más grave el servidor público o el encargado de un servicio público que, en el desempeño de las funciones o del servicio, en violación de normas legales o reglamentarias, u omitiendo abstenerse en presencia de un interés propio o de un familiar o en los otros casos prescritos, intencionalmente se procura a sí mismo o a otro una provecho patrimonial injusto o causa a otro un daño injusto será castigado con reclusión de seis meses a tres años. La pena se aumenta en los casos en que la ventaja o el daño tengan un carácter relevante de gravedad⁹⁵.

Este tipo penal es el resultado de una reforma realizada en 1997 a un artículo que se

94 Fuente: Servicio Público de Difusión de la Ley de Francia: Legifrance.gouv.fr
<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=56&r=4280>

95 Fuente: Portal jurídico web <http://www.studiocataldi.it>. La traducción es nuestra.

consideró demasiado general e indeterminado en cuanto a la conducta punible. La nueva fórmula añadió el requisito de que exista la intención de procurarse un provecho patrimonial -en la anterior versión se admitía el provecho no patrimonial- y que el provecho sea consecuencia de la violación precisa de una ley o reglamento, particular que deberá verificarse en la fase probatoria.

Como podemos ver el tipo está formulado con menos elementos normativos que en las tipificaciones latinoamericanas, no incluyéndose por ejemplo la cuestión relativa a la imposibilidad de justificar el aumento patrimonial por medios lícitos y requiriendo por otra parte que se pruebe que el provecho procurado se ha obtenido a través del abuso ilegal del cargo, lo que finalmente nos lleva a tener que probar la conducta criminal que efectivamente constituyó el delito.

A diferencia de los códigos latinoamericanos, el italiano contiene una referencia específica a la infracción de deberes de funcionarios, que pueden determinarse a través de la propia ley. La redacción italiana subraya también la subsidiariedad del tipo.

En el pasado, en Italia (Ley 356 del 7-8-92), con el objeto de combatir a la mafia, se creó la figura de “posesión injustificada de valores”. La Corte Constitucional se pronunció sobre la ilegitimidad del precepto en sentencia del 19-2-94, No. 48⁹⁶, por violentar el principio de presunción de no culpabilidad.

El código portugués, por su parte, contiene una redacción prácticamente idéntica.

En el caso alemán, las últimas reformas penales procuran fortalecer la lucha contra la corrupción ampliando la esfera del concepto de funcionario público y endureciendo las sanciones, sin embargo, guardando coherencia con el principio de legalidad, no se establecen tipos residuales. Recordemos que la tipificación del enriquecimiento ilícito en los países americanos que lo han hecho recientemente, obedece en gran medida a la suscripción de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, que no obliga, naturalmente, a los europeos; mientras que los tratados internacionales en materia de corrupción que rigen en Europa, no prescriben la obligación de tipificar un tipo análogo al enriquecimiento ilícito.

96 De la Fuente, Xavier. Obra Citada. Pág. 98.

Luego de haber revisado las tipificaciones vigentes en distintos países, podemos hacer algunas acotaciones:

- En todos los casos el sujeto activo es calificado, ejerce o ha ejercido un cargo público. el delito se lleva a cabo con ocasión, con motivo o como consecuencia del ejercicio de un cargo público, es decir, el sujeto activo debe ser un funcionario o servidor público, según la conceptualización ya consignada. En Ecuador no es necesario que el incremento patrimonial se produzca "durante" el ejercicio del cargo, puesto que sus consecuencias pueden seguirse produciendo después de que el sujeto haya sido relevado del cargo público. El Anteproyecto de Código de Garantías Penales limita el tiempo a un año después de ejercido un cargo público. En el caso argentino el tiempo queda limitado a dos años después de ocupar funciones públicas y, en México, se especifica siempre que el sujeto activo es un "servidor público" por lo que queda excluido quien haya dejado de serlo. Nos encontramos, por tanto, ante un delito "propio" porque no puede cometerlo cualquier persona sino sólo funcionarios públicos.
- Existe polémica en la descripción de la acción típica. Luego de un análisis a conciencia, es posible darse cuenta de que el delito no consiste en una conducta propiamente dicha sino en el resultado de una conducta ilícita que se desconoce, dicho resultado es el incremento patrimonial. De hecho, otros tipos penales como el peculado o el cohecho, resultan también, necesariamente, en enriquecimiento ilícito. Por ello, la descripción de la acción típica es un punto polémico en la discusión doctrinaria, que muchas veces ha tenido que concluir que consiste en "no justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable"⁹⁷, es decir que el delito se perfeccionaría con esa omisión. Del texto del código ecuatoriano, sin embargo, no se puede inferir tal cosa, según veremos en su momento. La no justificación, se refiere a la imposibilidad de probar la procedencia lícita de los nuevos haberes patrimoniales, con lo que el Ministerio Público únicamente debe probar la existencia del incremento patrimonial considerable.
- En todos los casos se invierte la carga de la prueba. Nos queda una duda en el caso chileno, por los esfuerzos del legislador de insistir en este principio del derecho penal, en la redacción del tipo. Pero, según se desprende del análisis, finalmente el reo se ve compelido a demostrar su inocencia. En Argentina y México el delito se configura cuando no es

97 Creus Carlos, Obra Citada. Pág. 268.

posible demostrar la licitud del incremento patrimonial. En Ecuador, en la práctica, en el juzgamiento del enriquecimiento ilícito se ha exigido que el reo demuestre la licitud de su patrimonio⁹⁸ debido a que el tipo contiene el elemento normativo según el cual todo patrimonio "que no sea resultado de actividades lícitas", se considera ilícito.

CAPÍTULO III

El Enriquecimiento Ilícito frente a la Constitución y los Derechos Humanos

1. Enriquecimiento Ilícito y Derechos Humanos

Dedicamos ya un capítulo a los principios ius-filosóficos sobre los que hemos ido estructurando la investigación. Hicimos referencia a las garantías penales contenidas en la Constitución e Instrumentos Internacionales y nos aproximamos a la noción de derechos humanos. Sabemos que la operatividad de las garantías es un requisito indispensable para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales y de los derechos humanos que por vía de la ratificación de tratados, se han incorporado a nuestra legislación. Conviene, sin embargo, recordar a qué hacemos referencia cuando utilizamos con tanta insistencia la expresión "derechos humanos". Para Pedro Nikken, ex Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la noción se corresponde con la afirmación de dignidad de la persona frente al Estado⁹⁹; y por lo tanto limita el ejercicio del poder público. Los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la persona y se le atribuyen, como sabemos, por el hecho de serlo, sin que pueda mediar ningún criterio de discriminación; por ello los derechos humanos gozan de protección internacional y su reconocimiento es irreversible. El ser humano es digno sin importar que se trate de un criminal sentenciado o un reo que está siendo

98 Nos referimos al caso del ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, O. Bermeo Idrovo, juzgado entre 2003 y 2008. Conforme la Contraloría General del Estado: "El ex magistrado está pidiendo que el Estado ecuatoriano proceda a reparar moral y patrimonialmente a él y su familia por las violaciones de sus derechos humanos determinadas en esta denuncia, en especial por la denegación de justicia, violación del principio de igualdad, asesinato de imagen, violación del principio de legalidad y del debido proceso del que han sido víctimas". (http://www.contraloria.gov.ec/prensa_al_dia.aspxid_SubSeccion=17&idNoticia=1500&idTab=1)

99 Nikken, Pedro. Sobre el Concepto de Derechos Humanos. Artículo publicado en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2062/5.pdf>

investigado por el aparato judicial. Los derechos humanos no son concesiones del Estado, ni dependen de ningún factor extrínseco a la persona; son universales para todo habitante del planeta, tal como lo declara el Art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en en dignidad y derechos (...)”.

La Constitución de la República, en su capítulo sobre las Relaciones Internacionales, establece lo siguiente, en relación con las obligaciones contraídas en virtud de los tratados sobre derechos humanos:

Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: (...) 7. Exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos.

Afirmamos que la vigencia de los derechos humanos y sus garantías -entre ellas incluimos a las penales-, no admite excepciones; mucho menos por motivos de política criminal. Cuando se habla de un estatus jurídico especial de los funcionarios públicos en virtud de sus cargos y responsabilidades, esto no puede referirse a su disfrute de los derechos fundamentales, pues se estaría violentando el principio de igualdad ante la ley del Art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”; así como los numerales del Art. 2, que rezan:

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata

de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Tampoco es posible renunciar a los derechos humanos, conforme establece el Núm. 6 del Art. 11 de la Constitución de la República. Es cierto que a nivel doctrinario se discute la renunciabilidad o irrenunciabilidad de los derechos humanos, sin embargo, coincidiendo nuevamente con Hernández Basualto¹⁰⁰, si la admitiéramos en el caso de las personas que ingresan al servicio público, se trataría de una renuncia genérica, *a priori* e incluso tácita, pues se desprendería del mero hecho de haber asumido el cargo. La actuación soberana del gobierno no puede invocarse para violentarlos; más aún, toda actuación estatal debe estar guiada por el principio de que su principal designio es garantizar el respeto a los derechos humanos de los ciudadanos.

La Teoría de la Pena identifica como un giro histórico absolutamente trascendente al que se produce -a raíz de la Ilustración y la Revolución Francesa- cuando se pasa, en el terreno penal, de la venganza privada a la arrogación, por parte del Estado, de la administración de justicia -*ius puniendi*-, precisamente con el fin de evitar la aplicación de castigos crueles y desproporcionados. “De los delitos y de las penas” de Cesare Beccaria, marcó un hito en el pensamiento penal occidental por su enorme influencia en la modificación de los principios que sustentan al sistema penal, siendo por ejemplo el primero en hablar de la función preventiva, general y especial, de las penas. La pena se ha ido entendiendo progresivamente como último recurso, que además debe aplicarse a los actos, no a los autores. Y aún a pesar de esta evolución conceptual han aparecido corrientes abolicionistas que consideran que la aplicación de penas es totalmente inútil y consiste en una manera de reducir al otro para reafirmar la identidad del que se siente ofendido.

La pena está estrechamente relacionada con la eficacia de los derechos humanos, la noción de derecho penal mínimo, subsidiario, que no interviene en caso de existir medios menos lesivos para proteger a los bienes jurídicos. Este principio de *ultima ratio* es uno de los principios básicos que se miran como sistemáticamente violentados en los regímenes imperantes durante las monarquías absolutas y también en los que se han identificado históricamente como regímenes

100 Hernández Basualto, Héctor. Obra Citada. Pág. 206.

dictatoriales, ya en la contemporaneidad.

Existe una interesante opinión relacionada con las garantías penales y el derecho penal mínimo: la del español Jesús Silva Sánchez, según quien es imposible retornar a un derecho penal garantista liberal, en primer lugar, porque tal derecho nunca existió como tal, y en segundo lugar porque las demandas sociales de respuesta penal deben ser acogidas por un derecho penal con vocación racionalizadora¹⁰¹. Para este autor, el problema no es la expansión del derecho penal en general sino su expansión en el área de las penas privativas de la libertad y ésta última es la única que debe ser contenida. En consecuencia, se admitiría dentro del derecho penal pero fuera del núcleo duro garantista, una suerte de derecho penal de “segunda velocidad” con menos garantías pero cuyas sanciones no consistan en la privación de la libertad. Los delitos socio-económicos, al no afectar a bienes jurídicos de importancia primaria (como la integridad física o la vida), no deben acarrear penas privativas de la libertad. A esto se agrega un derecho penal de “tercera velocidad” que se identifica con el derecho penal del enemigo, un derecho que se anticipa a la ofensa como lo haría un “derecho de guerra” o de emergencia que implementa medidas de seguridad para los individuos considerados peligrosos.

La propuesta de Silva Sánchez, a nuestro juicio, busca ubicarse, si cabe, en un terreno intermedio entre el derecho penal del enemigo y el garantismo, creando un área gris del derecho penal en la que se han flexibilizado las garantías pero dicho fenómeno no es tan grave en tanto no está en juego la libertad de las personas. Creemos que estas construcciones favorecen una administrativización innecesaria del derecho penal, pues las leyes administrativas y civiles intervienen justamente cuando es necesario responsabilizar al funcionario público, o cuando se requiere la reparación de un daño causado a un particular, respectivamente.

Abraldes considera que la misión fundamental del derecho penal es la tutela de bienes jurídicos, descartando que al derecho penal le competa solamente vigilar la vigencia de la norma¹⁰². En este contexto los bienes jurídicos se entienden como las condiciones de vida de una sociedad que se estructura sobre la base de la libertad de las personas¹⁰³. Entonces, el derecho

101 Silva Sánchez, Jesús María. *La Expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001. Pág. 150.

102 Abraldes, Sandro F. *Delito imprudente y principio de confianza*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, Pág.193-287

103Ibidem. El autor se adscribe aquí al pensamiento de Edgardo Alberto Donna.

penal tiene la finalidad de asegurar la existencia de la sociedad y las condiciones indispensables para su desarrollo. Los bienes jurídicos no son entidades estáticas sino unidades funcionales sociales que tienen un efecto sobre la cohesión social. De todo esto se colige que el objeto de las amenazas penales sólo puede ser la conducta que pone en peligro o lesiona los presupuestos básicos de la vida social.

Ante la gran ventaja que tiene el aparato estatal frente al ciudadano considerado individualmente, el debido proceso se erige como una de las garantías más significativas, especialmente si nos adscribimos a la idea de que las leyes penales deben cumplir la función de limitar el poder punitivo del Estado. Esto en razón de que en el ejercicio del poder estatal se pueden lesionar derechos humanos reconocidos, como la libertad y la propiedad; por eso todo proceso debe tener como punto de partida a las garantías básicas para la vigencia de los derechos humanos, ya que la sanción penal no deja de ser una forma de violencia institucional. La imperiosidad de un proceso debido está reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en varios de sus artículos, entre ellos el Art. 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

El debido proceso se compone de un conjunto de garantías desplegadas en etapas, que tienden a proteger al individuo sometido a un proceso penal, con el objeto de asegurarle la racionalidad y coherencia de la administración de justicia, así como que la privación de la libertad ambulatoria procederá solamente en los casos excepcionales en que se establezca tanto la responsabilidad penal cuanto la necesidad de imponer la sanción. El derecho a la defensa a su vez, tiene como presupuesto a la vigencia de tipos penales refutables, que describan conductas objetivamente comprobables para que el reo pueda ejercer su defensa. Recordemos el texto del Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron

delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Este es el problema central que planea el tipo Enriquecimiento Ilícito según está regulado actualmente en Ecuador, básicamente por describir un resultado y no una conducta -por lo que no habría tipicidad-, y por provocar la inversión de la carga de la prueba. El principio de legalidad tiene una relación directa con los derechos humanos y se proyecta tanto en aspectos materiales cuanto procesales y en la ejecución de las penas. Las garantías penales están reconocidas y reguladas no solamente en los instrumentos internacionales sino también, como sabemos, en la Constitución de la República, en la que tienen el rango de garantías fundamentales. Según se considere que el tipo Enriquecimiento Ilícito amenaza o no estas garantías, la doctrina toma partido por afirmar que dicho tipo es constitucional o inconstitucional respectivamente, tal como examinaremos seguidamente.

2. Inconstitucionalidad Vs. Constitucionalidad: Posturas Doctrinarias

El tratamiento *sui generis* que tiene el Enriquecimiento Ilícito en las legislaciones positivas, como sabemos, lo ha convertido en una figura polémica, por las posibilidades de violación de derechos y garantías, que deja abiertas. Se ha dicho que las regulaciones constitucionales relacionadas con el derecho penal sustantivo y adjetivo, son la manifestación más elocuente del mayor o menor carácter democrático de una organización estatal¹⁰⁴. Tenemos, pues, dos sectores doctrinarios que se pronuncian, respectivamente, por la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de la figura, aclarando primero que las Constituciones que rigen en los Estados en que está tipificado el enriquecimiento ilícito, garantizan el principio de legalidad y tipicidad, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente, el derecho a guardar silencio y a no ser obligado a declarar contra sí mismo, el *in dubio pro reo*, la proporcionalidad entre la pena y la infracción penal y el principio de presunción de inocencia. Veamos:

- El Enriquecimiento Ilícito es un tipo constitucional

104 Sergio García Ramírez, citando a su vez a Beccaria, en el artículo “Los Derechos Humanos y el Derecho Penal”, publicado en el portal web de la UNAM. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/848/9.pdf>

Los argumentos de este sector doctrinario han adquirido más fuerza con las modificaciones constitucionales realizadas en varios países de Latinoamérica, entre ellos el nuestro, con las que se han incorporado las figuras contra la Administración Pública, al propio texto de la ley suprema, lo cual resulta peculiar, pues una Constitución no tiene la función de ocuparse de un delito en particular. De hecho, la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado al respecto diciendo que:

Desde el punto de vista del derecho comparado, pareciere exótico el que una Constitución se ocupe específicamente de un determinado delito, como lo hace en este caso la de Colombia con el enriquecimiento ilícito. Pero no debe olvidarse que las constituciones -y en general cualquier norma- deben amoldarse a las exigencias que plantean las realidades sociales, políticas, económicas o culturales de una determinada sociedad, atendiendo a las circunstancias cambiantes de los tiempos¹⁰⁵.

Este argumento tiene cabida igualmente en la experiencia ecuatoriana, pues el Art. 233 de la Constitución legitimaría el tipo penal estudiado al establecer expresamente la sujeción a las sanciones penales que derivan de éste y los demás delitos contra la administración pública. Autores como Carlos Julio Lascano¹⁰⁶, se refieren a estas menciones como “delitos constitucionales”, pues aunque la Constitución no haga una tipificación completa, marca la pauta para que la ley ordinaria haga posible la responsabilidad penal por estas figuras. El mismo autor considera que el reconocimiento constitucional de estos tipos tuvo como objeto el zanjar de una vez por todas la discusión sobre su constitucionalidad, y consagrarlos como pilares para la lucha contra la corrupción. Naturalmente, otro argumento a favor de la legitimación del tipo, es la incorporación a la normativa interna, de la Convención Americana Contra la Corrupción, la cual, como instrumento internacional, tiene mayor jerarquía que las leyes ordinarias. Los Estados suelen reconocer al derecho internacional como norma de conducta, como efectivamente lo hace el Ecuador en el Art. 416 Núm. 9 de la Constitución, indicando que el Estado “Reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de estos”, aunque debemos

105 Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos. Obra Citada. Pág. 389.

106 El autor cita a su vez en el mismo sentido a Aída Tarditti, en el artículo “El tipo objetivo del enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos”, disponible en <http://www.terragnijurista.com.ar/infogral/lascano2.htm>

recordar que la convención no es un tratado sobre derechos humanos e insistimos en que el propio texto de la convención manda incorporarla en cada país, con arreglo a su constitución y principios generales del ordenamiento jurídico.

Sobre el principio de legalidad, se ha sostenido que se trata de un tipo compuesto de pluralidad de actos, un comportamiento positivo consistente en incrementar el patrimonio ilícitamente, y otro negativo consistente en no justificar debidamente el origen patrimonial. Por tanto, quedaría excluida la afirmación de que la conducta punible no está debidamente determinada.

Por otra parte, se dice, como hemos mencionado ya, que al asumir el funcionario público una responsabilidad especial por el manejo de fondos públicos, mal puede oponer el principio de inocencia como defensa para sí, toda vez que su cargo implica que ha asumido un deber de cuidado superior al general. Así lo ha sostenido desde los años treinta, el argentino Rafael Bielsa¹⁰⁷, para quien la presunción de inocencia cede ante el interés general de la sociedad. Es decir, la existencia del deber especial desplaza a la presunción de inocencia, y ese deber especial consiste en tener que justificar la procedencia lícita del patrimonio; si esto no se consigue, queda confirmada la culpabilidad. Este deber, en opinión de Soler, sería comparable al que tiene el que administra negocios ajenos -en el ámbito civil- de rendir cuenta por sus actos ante el mandante. Dicho de otro modo, el estatus jurídico del funcionario público sería diferente al que tiene un ciudadano común, lo que implicaría inclusive renuncia de ciertos derechos fundamentales al asumir el cargo.

Otro enfoque sobre el mismo problema nos dice que no se trata de una presunción de ilicitud de cualquier aumento patrimonial, sino que se presume no justificado a todo incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable. Por tanto, toda explicación que pueda aportar el encausado, la aporta en ejercicio de su legítimo derecho a la defensa y no porque recaiga sobre él la carga de la prueba¹⁰⁸. O sea que la explicación que rinde el sindicado no es una violación al principio constitucional de inocencia, sino una defensa frente a imputaciones

¹⁰⁷Citado por Rubén Maciel en Obra Citada. Pág. 8.

¹⁰⁸Bárceñas Espitia, Edgar. El Enriquecimiento Ilícito, Web System EU, Bogotá, 2003. Pág. 26.

formuladas debidamente por el Estado, entendiéndose que el funcionario ha asumido el mencionado deber específico de transparencia en el manejo de los bienes públicos, desde que asumió su cargo. En cuanto al principio *nemo tenetur*, se dice que de ninguna forma se le obliga al acusado a declarar contra sí mismo, sino más bien a favor de sí mismo. Un argumento esgrimido, en particular en la doctrina mexicana¹⁰⁹, es el que indica que la necesidad de que el funcionario público acredite el origen del aumento patrimonial, no es un elemento normativo sino una referencia a las reglas procesales que deben seguirse, y que lejos de vulnerar principios penales, destaca el derecho a la defensa del que puede hacer uso el encausado.

Aquí podemos referirnos a la doctrina de la llamada “carga dinámica de la prueba”, que ha tenido amplia aceptación en el ámbito civil, pero se ha extendido también al penal. Según esta postura, el *onus probandi* recae en aquel sujeto procesal que esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para aportar la prueba, sin consideración a su posición de demandante o demandado¹¹⁰, por tratarse del único sujeto procesal que puede demostrar lo que afirma. Este argumento también ha sido utilizado para defender el desplazamiento de la carga probatoria en el juzgamiento del enriquecimiento ilícito.

Hernández Basualto nos recuerda las comparaciones que se han hecho con otras figuras penales¹¹¹ con el objeto de legitimar al Enriquecimiento Ilícito: por ejemplo la figura chilena de “no presentación de menor” que castiga la no presentación de un niño que se encuentra bajo cuidado del imputado. En este caso lo que se imputa es no haber tenido el cuidado debido para con el niño del que se era responsable, caso idéntico, según se dice, al del funcionario público encargado de caudales públicos, que no consigue justificar que los ha manejado con responsabilidad. Si es este el caso, consideramos, la figura de malversación o peculado sería la que debería aplicarse, pues finalmente es la conducta de malversar fondos la que se quiere reprimir.

Se ha intentado en algunas legislaciones positivas, como hemos visto, subrayar

109Afirmaciones del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, citadas en el artículo “Enriquecimiento Ilícito y Principio de Legalidad” de Rodolfo Félix Cárdenas. Pág 367. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/34/pr/pr21.pdf>

110Peyrano, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, RubinzaCulzoni Editores, Santa Fé, 2004. Pág. 20.

111Hernández Basualto, Héctor. Obra Citada. Pág. 206.

expresamente la obligación del Ministerio Público de probar el cometimiento del delito con el objeto de salvar la ruptura de la presunción de inocencia. Si la conducta consiste en no justificar el incremento patrimonial, se entiende que el Fiscal tendrá que probar que no es posible justificar precisamente ese incremento. A más de uno le parecerá, no obstante, cuando menos improbable la aplicación práctica de lo mencionado, pues el Ministerio Público tendría que referirse a todos los medios imaginables de enriquecerse legítimamente. Se verá entonces en la necesidad de probar, más bien, la conducta ilícita que dio origen al incremento patrimonial, con lo que, si finalmente llega a descubrir el delito efectivamente perpetrado, no debería aplicar la figura de enriquecimiento, que es subsidiaria, sino la que corresponda, entre los demás delitos contra la administración pública.

Sobre el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, nos hallamos nuevamente a Creus, quien sostiene que la disyuntiva a que se enfrenta quien es obligado a justificar el origen patrimonial, no tiene origen en la ley sino en la conducta ilícita que ha tenido el sujeto¹¹².

- El Enriquecimiento Ilícito es Inconstitucional

Esta posición considera que el enriquecimiento ilícito vulnera principios y garantías de rango constitucional -y reconocidos por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos- con el objeto de imponer una sanción penal sobre la base de un aumento de patrimonio cuyo origen se desconoce. Profundizaremos sobre los cada uno de esos principios vulnerados bajo subtítulos independientes, pero antes mencionaremos de forma sucinta cuáles son sus fundamentos.

Donna¹¹³ hace una enumeración de las garantías y principios que se consideran vulnerados, a saber: el principio de legalidad, el derecho penal del acto, el principio de inocencia, el principio *nemo tenetur*, el debido proceso, el derecho a la defensa. El paraguayo Rubén Maciel, en cuyo país se introdujo el tipo por vía de un decreto ejecutivo¹¹⁴ se adscribe también a la tesis de la

112 Creus, Carlos. Delitos contra la Administración Pública, Ob. Cit. Pág. 427.

113 Donna, Edgardo Alberto. Obra Citada. Pág. 382.

114 Maciel, Rubén. Obra Citada. Pág. 4.

inconstitucionalidad, mencionando básicamente las mismas garantías que Donna, como violentadas a través de la figura en estudio.

Sancinetti hace un comentario especialmente interesante, indicando que el enriquecimiento ilícito no es un delito autónomo sino una regla procesal que sirve para perseguir hechos punibles que no se han identificado procesalmente¹¹⁵. Comenta, también, que si admitiéramos la tipificación de la figura, tendríamos que admitir que junto a cada tipo penal se cree una figura omisiva consistente en no poder demostrar la inocencia frente a cierto delito cuando por algún motivo se sospecha que se ha cometido. Crea, como ejemplo, un tipo penal que se formularía así: “Art. 80 (1): será reprimido con la pena del homicidio agravado por codicia, el que no justificare el lugar donde se hallaba en el momento de la muerte de un pariente a quien aquél hubiere heredado por un valor económico apreciable”¹¹⁶.

En este grupo encontramos también a Xavier de la Fuente quien, tomando partido por la inconstitucionalidad del tipo, señala como fundamentales dentro de este tema, dos cuestiones: el bien jurídico protegido y el debate sobre si se trata de un delito de comisión u omisión¹¹⁷.

Nos referiremos, por último, a la Constitución de la República, que en su capítulo sobre los Instrumentos Internacionales contiene un artículo muy significativo para nuestro estudio:

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

115 Sancinetti, Marcelo. Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (El adiós al Estado de Derecho), en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Nro. 8°, Ad- Hoc., Buenos Aires, Argentina.

116 Sancinetti, Marcelo. El Delito de Enriquecimiento Ilícito (Cit.). Pág. 94.

117 De la Fuente, Xavier. El delito de enriquecimiento ilícito: la discusión sobre su inconstitucionalidad, Revista de Derecho Penal No. 1, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 2004. Pág. 83.

3. Principios y Derechos vulnerados.-

a) El principio de legalidad

Referido en latín como *nullum crimen sine lege*, este principio está relacionado directamente con la seguridad jurídica: la ley es la única fuente productora del derecho penal, quedando excluidas la costumbre y la jurisprudencia. El derecho penal no puede remitirse a la costumbre ni sobrepasar el límite del texto legal, por ello no puede admitirse la interpretación análoga de las normas. Además, la conducta punible debe estar descrita con precisión -taxatividad-, por eso son inconstitucionales los llamados tipos penales abiertos o flexibles. El principio se encuentra redactado en el código penal ecuatoriano -y se reproduce casi textualmente en el Código de Procedimiento Penal- en los siguientes términos:

Art. 2.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto. Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa. En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada.

Dicho texto guarda correspondencia con el principio constitucional expresado así:

Art. 24.- 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:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o

de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

En el enriquecimiento ilícito, tal como se encuentra redactado hoy, el acto que constituye infracción no está debidamente tipificado. Consta una definición de lo que debe entenderse por enriquecimiento ilícito, pero a todas luces éste es el resultado de una conducta y no la conducta en sí. No tenemos pues, en estricto sentido, un verbo rector que permita esclarecer cuál es el acto ilícito que acarrea responsabilidad penal. Lo que se castiga no es una conducta sino una situación que genera sospechas. Si no se imputa ninguna acción en concreto, tampoco se imputa ningún delito en concreto. Se sospecha que el imputado ha cometido “algún” delito, pero no se sabe cuál, y justamente ese “no saber” es el fundamento medular del enriquecimiento ilícito, lo cual es inaceptable en un marco jurídico garantista.

Así, Xavier Zavala Egas se refiere al principio de legalidad en Ecuador: “en nuestro ordenamiento jurídico penal el delito que amerita una sanción siempre es un acto, una conducta, una manifestación de voluntad que a través de comisión u omisión se encuentra incriminada en nuestras leyes penales”¹¹⁸.

Para el argentino Sancinetti, el Enriquecimiento Ilícito busca tender un puente salvador a la imposibilidad de probar conductas tales como el cohecho, las exacciones, las negociaciones incompatibles, el peculado, el abuso de autoridad, etc., recurriendo a ellas de modo elíptico mediante el verbo “enriquecerse” sin ningún límite de tipicidad¹¹⁹.

El paraguayo Rubén Maciel resume claramente esta situación al indicar que la no determinación de la conducta atribuida al funcionario como causante de su enriquecimiento ilícito constituye una grave afectación al principio de legalidad penal, pues la conducta prohibida queda

118 Zavala, Xavier. “Ley Anticorrupción: Innecesaria, absurda y peligrosa”, Revista Jurídica Online, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Guayaquil. Disponible en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=251&Itemid=34

119 Sancinetti, Marcelo A. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1994. Pág. 56.

indefinida¹²⁰.

En el contexto del garantismo penal, vemos que se quebranta también el principio *nulla iniuria sine actione*, o principio de materialidad de la acción, según el cual no puede haber daño si no hay acción voluntaria concreta perpetrada por un sujeto capaz de hacerlo; y a su vez, si no hay daño, no puede haber necesidad de intervención de la ley penal.

Justamente, unas de las finalidades políticas y jurídicas del principio de legalidad es determinar con precisión y claridad la conducta definida por el legislador como delito o crimen. En suma, toda conducta típica debe ser susceptible de verificación objetiva. El propio código penal ecuatoriano insiste en ello en el Art. 11:

Art. 11.- Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión.

La tipificación de los supuestos que constituyen delitos tiene por objeto hacer posible que el individuo conozca con anterioridad cuáles son las conductas que el sistema jurídico considera delictivas, ya que sólo partiendo de ese conocimiento es factible ajustar la conducta a la norma y puede hablarse de posibilidad de comprensión del injusto. En el caso del enriquecimiento ilícito, por el contrario, es perfectamente posible que llegue a condenarse al funcionario público sin que se haya llegado a saber cuál fue el hecho ilícito que realizó, pues bastará que el reo no haya podido probar que el aumento patrimonial no provino de sus ingresos legalmente percibidos u otras circunstancias lícitas. La opinión de Ferrajoli en este contexto es que la figura penal debe ser una figura de comportamiento empírica y objetiva, susceptible de ser verificada o refutada¹²¹. En el plano de los instrumentos internacionales, nos remitimos al Art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tratamos previamente.

La indeterminación de la conducta punible tiene otras repercusiones ya en el ámbito

120 Maciel Guerreño, Rubén. Aspectos inconstitucionales del tipo penal de Enriquecimiento Ilícito, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 2003. Pág. 6.

121 Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón Ob. Cit. Pág. 34.

procesal: no sería posible en las denuncias que se presentaren por enriquecimiento ilícito, cumplir con el requisito legal del Art. 50 del Código de Procedimiento Penal, que manda hacer constar en ella la “relación clara y precisa de la infracción, con expresión de lugar y tiempo en que fue cometida”. Si las indagaciones se inician de oficio y el fiscal emite su dictamen acusatorio, tendrá indicar igualmente, conforme el Art. 225 del mismo cuerpo legal, “la determinación de la infracción acusada, con todas sus circunstancias”. En este caso sería más fácil salvar las dificultades determinando la infracción con una simple referencia al artículo que tipifica el enriquecimiento ilícito en el código sustantivo, pero no deja de sembrar dudas en cuanto a la legalidad de la acusación.

Mencionamos también la opinión de Julio César Castro¹²², para quien, entender que el deber especial que tiene el funcionario público en razón de su cargo, implica la suspensión de las garantías fundamentales, constituiría también una violación al principio de legalidad, porque se estaría haciendo una interpretación extensiva del tipo, que en ningún momento indica tal cosa. Y, finalmente, acotaremos que el rompimiento del principio de legalidad conlleva a su vez a la afectación del principio de reserva legal en materia penal y a un abandono del derecho penal del acto por un derecho penal de autor, pues el tipo está sustentado, no en la existencia de una conducta determinada sino en la sospecha de que alguien es delincuente.

b) El principio de inocencia y la carga probatoria

Este principio está garantizado en el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en la Constitución (Art. 76 Num. 2) y en el Código Penal. Zavala Baquerizo se refiere al principio de inocencia como “situación jurídica de inocencia”, e indica que no se trata realmente de una presunción sino de un verdadero bien jurídico del que es titular el ser humano desde que nace, hasta su muerte¹²³: quien se enfrenta a un proceso penal no es presuntivamente inocente, sino inocente, sin más. Aunque la Constitución nos habla de “presunción” de inocencia, el texto del Código de Procedimiento Penal nos confirma la opinión de Zavala, al indicar en su Art. 4 que: “Todo imputado *es* inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”.

122 Castro, Julio César. El Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios Públicos. Disponible en <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/ilicito.htm>

123 Zavala Baquerizo, Jorge. El Debido Proceso Penal (cit.) Pág. 52.

Tanto la Constitución cuanto las leyes ordinarias administrativas indican expresamente que la falta de declaración patrimonial juramentada o las incoherencias halladas entre las realizadas en distintos momentos, harán *presumir* enriquecimiento ilícito. La figura presume la culpabilidad del funcionario público, pues a diferencia de los otros tipos contra la administración pública, en los que la sospecha genera la investigación, en este caso la sospecha ya es un elemento para la configuración del delito y le impone al procesado la obligación de demostrar su inocencia. Entonces, lo más contundente es que la inversión de la carga de la prueba torna a este tipo violatorio de la presunción de inocencia : en condiciones normales la carga de la prueba recae sobre el acusador, que es quien debe destruir ese estatus de inocencia de que goza el encausado en virtud de los derechos fundamentales que lo protegen, demostrando, como dice De la Fuente, “todos los extremos de la imputación”¹²⁴. En el proceso penal no se investiga la inocencia sino la culpabilidad. En efecto, conforme el código de procedimiento penal en su Art. 65, corresponde al fiscal el ejercicio de la acción penal pública, y la investigación no sólo de las circunstancias de cargo sino también las de descargo.

La constatación del incremento patrimonial impone la obligación de justificar el origen y la legalidad de dicho incremento y por lo tanto queda invertida la carga de la prueba. En palabras de Hernández Basualto “en vez de que el Estado acredite lo que sospecha, se le impone al sospechoso la tarea de demostrar su inocencia”¹²⁵. Más explícitas son las palabras de Enrique Díaz Aranda, para quien el enriquecimiento ilícito es “como describir que comete homicidio quien se encuentre junto al cadáver sin demostrar que no lo privó de la vida”¹²⁶. Carlos Creus insiste en que la ley no exige que se pruebe el origen lícito del incremento patrimonial, sino que se acredite una causa extraña al desempeño del cargo; incluso si ésta causa es un delito de otra naturaleza, en cuyo caso será ese delito el que deba perseguirse. No podemos evitar sentirnos perplejos ante una afirmación de tan poca utilidad práctica y que finalmente confirma la inversión de la carga de la prueba. Además, consideramos que el autor mencionado incurre en algunas contradicciones, teniendo en cuenta que él mismo afirma que “no es necesario que el representante del ministerio fiscal que ejerce la acción pública pruebe que el enriquecimiento tuvo su origen en un acto de

124 De la Fuente, Xavier. Obra Citada. Pág. 100.

125 Hernández Basualto, Héctor. Obra Citada. Pág. 194.

126 Díaz Aranda, Enrique ¿Previene el delito de enriquecimiento ilícito la corrupción?, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2770/6.pdf>

abuso o de corrupción funcional por parte de aquél; bastará que pruebe la existencia del enriquecimiento patrimonial apreciable”¹²⁷.

En términos procesales la inversión de la carga de la prueba tiene consecuencias importantísimas, pues en un sistema acusatorio no se puede condenar al reo sin prueba plena que acredite la existencia de la infracción y la responsabilidad penal, más allá de la duda razonable. El acusado se encuentra ya en una situación de desventaja frente a la amenaza penal estatal, y la inversión del *onus probandi* lo desfavorece aún más. En opinión de Sebastián Betancourt¹²⁸, el principio de la carga de la prueba dentro del garantismo penal (*nulla accusatio sine probatione*), es uno de los más importantes por su jerarquía y se constituye en el eje central del enjuiciamiento penal, al ser consecuencia del principio acusatorio. El que la acusación tenga que ser empíricamente probada asegura que el juicio penal sea un proceso de conocimiento, no basado en valoraciones sino en afirmaciones o negaciones de las que se siga la verdad procesal. De lo contrario, según el mismo autor, el resultado en la práctica es que la Fiscalía alega su propia ineptitud en la investigación penal y no sólo eso, sino que además resulta “premiada” pues todo el esfuerzo probatorio se traslada a la defensa.

Merece atención especial el valor que tiene la prueba indiciaria para destruir la presunción de inocencia, no sólo en el enriquecimiento ilícito sino en cualquier acción delictiva. Comprendiendo las dificultades probatorias que se desprenden de los hechos de corrupción, pues una de las características del fenómeno es precisamente que se perpetra de manera subrepticia, procuramos arribar a una postura “intermedia” si cabe el término, en concordancia con la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que considera, como señalamos ya, que si las evidencias circunstanciales son varias y suficientes para presumir el hecho ilícito, esto no necesariamente implica violentar el principio de inocencia. Aceptando que una cabal reconstrucción de los hechos siempre será compleja, más aún cuando se trata de delitos de cuello blanco, una de las formas de contrarrestar la impunidad es la aplicación de enlaces lógico jurídicos que relacionen los indicios con las presunciones razonables. Los indicios deben ser datos objetivos, ser además varios, y guardar concordancia entre sí. No podemos basarnos en un solo

127 Creus, Carlos. Delitos contra la Administración Pública (Cit.). Pág. 419.

128 Betancourt Restrepo, Sebastián. La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorca y la teoría del garantismo penal. Disponible en <http://www.eldial.com>

indicio -el aumento del patrimonio- para obtener una presunción y en base a ella establecer la responsabilidad penal. El ministerio público tendrá que investigar eficientemente para hacer hallazgos que permitan mostrarle al tribunal penal que el incremento patrimonial es la consecuencia de un ejercicio abusivo del cargo, aunque aceptemos que no siempre se pueda conocer de manera directa en qué consistió el abuso. Sólo el razonamiento sustentado permitirá que los jueces dicten sentencia cumpliendo con el Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, que manda:

La sentencia debe ser motivada y concluirá condenando o absolviendo al procesado. Cuando el tribunal tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo dictará sentencia condenatoria. Si no estuviere comprobada la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o existiere duda sobre tales hechos, o el procesado hubiera acreditado su inocencia, dictará sentencia absolutoria.

Debemos también mencionar el principio *in dubio pro reo*, que establece la regla de estar a lo más favorable al encausado en los casos de duda, lo que implica desde luego que se lo deba absolver cuando existe incertidumbre respecto de su responsabilidad.

c) El principio de no autoincriminación

Nemo tenetur se ipsum accusare. Encontramos este principio en los artículos 8 y 9 del Pacto de San José, en concordancia con el Art. 77 N. 7 de la Constitución de la República, manda: “El derecho de toda persona a la defensa incluye: (...) b) Acogerse al silencio. c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”. El principio se relaciona además con el derecho al silencio, que está implicado en el derecho a no autoincriminarse y que a su vez es una forma de ejercer el derecho a la defensa, tal como lo establece la propia Constitución. Siendo un derecho, de ninguna manera el silencio puede interpretarse como una admisión tácita de responsabilidad, y mucho menos admitirse el empleo de medios de presión para obtener una confesión por parte del reo.

Quien se ve obligado a justificar la procedencia de su enriquecimiento, tiene la opción de confesarse autor o, si no puede justificar su enriquecimiento, guardar silencio, con lo que igualmente quedaría como autor. Es decir, acogerse al derecho al silencio equivale a declararse culpable, o lo que es peor, si se considera delito de omisión, equivale a cometer el tipo penal. Debemos insistir en que el derecho a guardar silencio también es parte del ejercicio del derecho a la defensa, y nunca debe interpretarse como reconocimiento del hecho criminal atribuido. En el enriquecimiento ilícito la falta de justificación del incremento patrimonial -que puede consistir precisamente en guardar silencio- hace que se incurra en el delito. Para Sancinetti, si bien es perfectamente posible que el imputado se auto-incrimine, si esa es su voluntad, no es constitucional ni lícito obligarle a renunciar al principio de no auto incriminación. El criterio de Donna, justamente, es que por la posibilidad de que el funcionario público sea sujeto activo de los delitos tipificados en los códigos penales, debe enmarcarse en el modelo de Estado Constitucional, respetuoso de los derechos humanos¹²⁹.

d) El principio *non bis in idem*

Se refiere a la prohibición de juzgar a una persona dos veces por un mismo hecho. En la Constitución, está consagrado en el Art. 76, No. 7, Lit. 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.” En la Convención Americana de Derechos Humanos, el Art. 8, No. 4 cuenta entre las garantías judiciales, la siguiente: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

De la Fuente, con quien coincidimos, expresa este principio indicando que el Estado no puede hacer más de un intento para condenar a un individuo por un supuesto delito¹³⁰. Si se tiene al resultado enriquecimiento por figura típica, nada impide que antes, después o simultáneamente, se lleve adelante otro proceso por “otros delitos” cometidos por la misma persona. Es cierto que nuestro código introduce la expresión “siempre que no constituya otro delito”, pero dentengámonos un momento a pensar sobre ello: si se está investigando a alguien por

129 Donna, Edgardo Alberto. El concepto dogmático de funcionario público en el código penal, Revista Delitos Contra la Administración Pública II, No. 2004-2.

130 De la Fuente, Xavier. Obra Citada. Pág. 106.

enriquecimiento ilícito, no se puede saber si el patrimonio se obtuvo gracias a la perpetración de un delito contra la administración pública u otro delito común mientras no se determine la existencia de la acción típica y su respectivo nexo causal con el resultado. En el momento en que se determine dicha acción, tendría que perseguirse por el delito en concreto y no por enriquecimiento ilícito. Dicho de otra manera, al ser el enriquecimiento un resultado y no una acción, si éste es ilegal SIEMPRE constituirá otro delito. Por lo tanto la tipificación de la figura resulta innecesaria y contradictoria. Si admitimos, en cambio, que se persiga siempre el enriquecimiento ilícito y no las otras figuras delictivas, no sólo se cuestionaría la necesidad de que ellas estén tipificadas sino que volvemos a la situación planteada por Sancinetti, en que debemos también admitir que se introduzcan estas figuras omisivas para todos los delitos comunes, con lo que se derriba toda la estructura de principios penales garantistas.

e) El principio de culpabilidad

Actúa culpablemente quien comete un acto típico y antijurídico, y que además tiene la posibilidad de comportarse conforme a derecho (comprender la norma y encontrarse en una situación que le permita determinar su conducta conforme aquella). El pilar fundamental de la imposición de una pena es la acreditación de la culpabilidad del acusado¹³¹. Para hablar de responsabilidad penal, a la culpabilidad debe sumarse la necesidad de aplicar una pena.

El principio de culpabilidad puede sintetizarse en la máxima “no hay pena sin culpabilidad”. Un individuo, asumiendo que sus capacidades volitivas e intelectuales son normales, debe poder también encontrarse en situación de actuar conforme a la norma, para lo cual es necesario conocer la norma, de lo contrario el resultado ilícito no se estará produciendo mediante un acto voluntario. Hemos hecho ya hincapié en que el derecho penal garantista es un derecho de acciones, así que, también la culpabilidad debe referirse a comportamientos, no a la manera de ser del agente. Nuestro sistema no se ajusta a un derecho penal de autor, sino de acto, es decir, la pena se impone por lo que el autor ha hecho, no por lo que se sospecha que pudo haber hecho. Por esta razón, los delitos “de sospecha” son incompatibles con los principios constitucionales.

131 Ibídem. Pág. 95.

El principio de culpabilidad tiene relación también con la proporcionalidad entre la pena y la acción. En las legislaciones en que el enriquecimiento ilícito es un delito de omisión -consistente en no poder justificar el origen del enriquecimiento-, nos encontraremos frente a una gran desproporción entre la pena, que es pecuniaria y privativa de la libertad, y la acción, que finalmente resulta ser una desobediencia ante un requerimiento administrativo.

f) El debido proceso como garantía fundamental

El debido proceso tiene su origen en el derecho anglosajón (*due process of law*) y al parecer fue formulado por primera vez en la historia en la Carta Magna de Inglaterra del año 1215, en la que se dice: “ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra ”¹³². La Teoría del Derecho considera al debido proceso como un principio general del derecho, fuente del derecho sustantivo y adjetivo, que obliga al legislador y al juez, así como a las instancias administrativas del Estado.

El debido proceso es aquél que respeta todos los principios, legales, constitucionales e internacionales relacionados con los Derechos Humanos, que existen en virtud de la dignidad y la libertad de la persona. Le asiste al ciudadano que ha sido objeto de una imputación delictiva, siendo el Estado el titular del ejercicio de la acción penal pública y por tanto el llamado a hacer respetar las garantías del debido proceso. En la Convención Interamericana sobre derechos humanos, encontramos a las garantías del debido proceso establecidas en el Art. 8:

Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona

¹³² Zambrano Pasquel, Alfonso. Proceso Penal y Garantías Constitucionales, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Guayaquil 2005. Pág. 47.

inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos prevé la posibilidad de juzgar en una corte supra-nacional a los Estados que no hayan amparado debidamente a sus nacionales según lo establecido por la Convención, y siempre y cuando dichos Estados, además de ser suscriptores del instrumento, hayan aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El portal web de la Corte registra 8 casos contenciosos resueltos en que se condena al Ecuador a reparación y costas por violaciones a los derechos humanos¹³³. La cifra es alta tomando en cuenta que la jurisprudencia de la Corte es más bien escasa, habiéndose tramitado apenas una

133 Información disponible en http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=10

treintena de casos contenciosos desde que fue creada.

Los principios básicos que consideramos violentados anteriormente son integrantes de la garantía que conocemos como Debido Proceso Penal y que es a su vez garantía aseguradora de los demás derechos fundamentales; de hecho suele tenerse por equivalentes a las expresiones “garantías judiciales” y “debido proceso”. Las garantías son los medios a través de los cuales pueden hacerse efectivos los derechos atribuidos a la persona, tienen la función de hacer valer la titularidad de los derechos; y a través del debido proceso penal se hace efectivo el derecho fundamental de acceso a una justa y transparente Administración de Justicia y el derecho a la seguridad jurídica del ciudadano, así como el derecho a la defensa. El debido proceso no se refiere solamente a la forma cómo deben sustanciarse los juicios, sino a acatar y hacer efectivas todas las garantías fundamentales relacionadas; en otras palabras, el debido proceso racionaliza el *ius puniendi* y sirve como medio de realización a los derechos fundamentales. Así, Portocarrero menciona¹³⁴ un aspecto sustantivo y otro adjetivo del debido proceso, el primero referido a los estándares de justicia y el segundo al procedimiento.

El debido proceso formal o adjetivo asiste a las partes durante un proceso determinado y debe ser aplicado por todos los órganos estatales que ejerzan funciones jurisdiccionales. Este aspecto del debido proceso tiene aplicabilidad más allá de la forma como estén redactados los tipos penales; se refiere a la tutela jurisdiccional efectiva. Como pudimos observar en el capítulo sobre el juzgamiento del Enriquecimiento Ilícito en nuestro país, dentro del Caso Bermeo, el tribunal penal procuró aplicar los principios que estamos estudiando, a pesar del contenido de la ley sustantiva, absolviendo en consecuencia al reo. En el aspecto sustantivo, en cambio, nos centramos en el conjunto de principios abstractos que sintetizan los derechos humanos fundamentales, principios que deben aplicarse a los fallos ya emitidos y a todas las leyes vigentes. Bajo esta luz hemos juzgado al delito de enriquecimiento ilícito dentro de este acápite.

4. Ponderación de Derechos

¹³⁴ Portocarrero Quispe, Jorge Alexander. El Derecho al Debido Proceso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005.

Cuando formulamos nuestra hipótesis de trabajo, nos adelantamos al señalar que llegado cierto momento sería preciso confrontar la innegable necesidad de luchar contra la corrupción -en beneficio de la sociedad toda- por una parte, y por otra, la necesidad igual de evidente de hacer respetar los derechos humanos en el Estado de Derecho. Nuestro estudio hasta el momento nos ha permitido confirmar que, efectivamente, la tipificación actual del enriquecimiento ilícito como medio para prevenir la corrupción constituye, *a priori*, un atentado contra la vigencia eficaz de las garantías procesales fundamentales que permiten a su vez asegurar el respeto a los derechos humanos. No sólo eso, también aparece como un mecanismo cuya utilidad práctica no termina de convencer: si el aparato estatal propio de un país en vías de desarrollo tiene deficiencias importantes en su capacidad de investigar y juzgar los delitos, la creación de un nuevo tipo no va a corregir esta deficiencia. Pero ¿dónde queda el legítimo derecho ciudadano a exigir una administración pública transparente y sin impunidad?

Quizá uno de los caminos posibles para conciliar ambas realidades, cuando dados casos concretos se produzcan choques de intereses, sea el de examinar algunos criterios de ponderación de derechos que nos permitirían decidir qué opciones son las más adecuadas si lo que se busca, es favorecer la efectiva vigencia de los derechos, como consigna la Constitución de la República respecto a la razón misma de ser del Estado. Es decir, debemos optar por una propuesta que teniendo en cuenta que el Derecho Internacional es norma de conducta y que la propia Carta Política reconoce y establece la responsabilidad de los funcionarios públicos por sus actuaciones, procure minimizar cuanto sea posible las brechas que en el presente abren la posibilidad de que se abuse del derecho en desmedro de prerrogativas fundamentales.

¿Son unos derechos más importantes que otros? El principio constitucional del Art. 11, Núm. 6 nos dice que no: todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. ¿Es posible que existan incoherencias -antinomias- entre normas de rango constitucional? ¿Es posible que dos normas del mismo rango jerárquico entren en conflicto? Naturalmente, la ley es un producto humano falible y perfectible que puede ser contradictorio, al tiempo que la realidad es vasta y admite infinidad de situaciones en que se enfrentan pretensiones jurídicas con fundamentos igualmente válidos.

Sebastián Betancourt opina, por ejemplo, que aunque algo pueda tener algún sustento

constitucional, esto no significa necesariamente que guarde consonancia con el espíritu garantista de los derechos fundamentales procesales¹³⁵. Norberto Bobbio nos indica al respecto que “son bien pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como fundamentales, y que no impongan, por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección”¹³⁶. Pensemos por ejemplo en el derecho a la propiedad, que está plenamente garantizado en la Constitución: una persona tiene libertad para usar, gozar e incluso abusar de lo que es suyo. Pero si en ejercicio de esa libertad, un individuo construye mejoras en su predio, causando con ello que a sus vecinos les resulte imposible la evacuación de aguas servidas que deben atravesar tal lote, el derecho a una vivienda digna y a un ambiente sano deberá ponderarse por encima de la propiedad. Creemos que es análoga la situación en que nos encontramos frente al reconocimiento constitucional del enriquecimiento ilícito y la vigencia del debido proceso al mismo tiempo, ya que tal reconocimiento no implica una expresa autorización constitucional para restringir la vigencia de los derechos fundamentales. En este caso es necesario resolver la cuestión aplicando los lineamientos que los instrumentos internacionales y la propia Constitución nos proporcionan, teniendo como horizonte la idea de que la razón de ser de todo Estado es garantizar los derechos de sus gobernados. Para ello acudiremos nuevamente a la doctrina, que nos ofrece criterios importantes para comprender en qué consisten los juicios de ponderación.

Ponderar implica comparar valorativamente dos circunstancias con el objeto de establecer cuál es la más beneficiosa. El consenso internacional ha determinado que en materia de derechos humanos es indispensable una ponderación axiológica de estos en las leyes fundamentales y ordinarias de los países signatarios de los tratados. Todo *ius puniendi* tiene como límite el ejercicio efectivo de los derechos humanos y ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de esos derechos. Esto lo establece expresamente el Art. 11 de la Constitución, en su numeral 4, según el cual “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” y, aunque no deberíamos encontrarnos con tal escenario en virtud de la continuidad que debe revestir el texto constitucional, este principio se entiende inclusivo también de los propios preceptos constitucionales que de alguna manera puedan entrar en contradicción con aquellos que consagran derechos y garantías. Nos referimos en concreto a la norma

¹³⁵Betancourt Resrepo Sebastián, Obra Citada. Pág. 9.

¹³⁶ Citado por Jorge Baquerizo Minuche en el artículo “Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación” publicado en la Revista Jurídica de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Disponible en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=549&Itemid=116

constitucional que establece la responsabilidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito. Los derechos humanos están por encima de las políticas de orden y seguridad en tanto los primeros están relacionados con la dignidad y libertad de las personas, y las segundas son mecanismos que deben guardar coherencia con los primeros.

Quien interpreta el derecho debe tener en todo momento en cuenta el llamado bloque de constitucionalidad. En primera instancia, la responsabilidad administrativa, civil y penal de los funcionarios públicos por sus actuaciones en el ejercicio de sus cargos, no es incompatible con las garantías del debido proceso. No lo es hasta el momento en que se menciona que también serán responsables por enriquecimiento ilícito y entonces debemos acudir a la ley penal para entender el tipo. Cuando nos encontramos en el contexto del código penal estamos ya frente a una norma ordinaria que debe subordinarse a la Carta Política y que está al mismo tiempo respaldada y controvertida por la misma. **El conflicto no se da entonces, como se pensó cuando se planteó la hipótesis, entre el interés de la ciudadanía en una administración transparente y el interés del individuo en un proceso justo. El verdadero conflicto se encuentra en el reconocimiento de una figura penal específica y determinada dentro del texto constitucional, y su regulación penal, que amenaza la vigencia de las garantías procesales.**

El llamado “test de proporcionalidad” del que nos habla Robert Alexy¹³⁷ es otra herramienta que provee criterios para decidir cuál es la norma más beneficiosa en cada caso. Así encontramos:

- Fin legítimo: hay que determinar si los fines de la norma que se considera restrictiva de algún derecho son realmente compatibles con la realización de un fin constitucional.
- Idoneidad: es necesario establecer si la norma realmente es adecuada para proteger la finalidad legítima que respalda. Podemos acotar aquí que la tipificación del enriquecimiento ilícito no ha sido realmente útil para proteger la finalidad de prevención de la corrupción que se supone tiene.
- Necesidad: la norma debe resultar en la realidad lo menos gravosa posible para el derecho fundamental que restringe. Consideramos aquí que no es el caso del enriquecimiento ilícito, pues existen otras formas de prevenir la corrupción que no implican la intervención

¹³⁷Alexy, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, Revista española de derecho constitucional, N° 91, 2011. Págs. 11-29.

de la ley penal, que es de *ultima ratio*.

- Proporcionalidad: Alexy indica que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida a un principio o derecho, mayor será la necesidad de realizar el principio en pugna¹³⁸. O lo que es lo mismo: debe aplicarse el principio concretamente menos lesivo o más ventajoso para el interés general.

Creemos que la eliminación o modificación del tipo de enriquecimiento ilícito no resulta directa o significativamente lesivo para la prevención de la corrupción, mientras su presencia, como hemos visto, vulnera expresamente varias garantías consagradas.

El juicio de ponderación, por su parte, es un procedimiento que debe llevarse a cabo para cada caso concreto. No puede imponerse a través de él una nueva regla general o desvirtuarse definitivamente una disposición constitucional. Por supuesto, sí es posible, que los juicios de ponderación concordantes y repetidos lleguen a constituirse en precedentes jurisprudenciales obligatorios y que sirvan además como antecedente para una eventual reforma constitucional. Es decir, no podríamos decidir *a priori* y definitivamente que el debido proceso deslegitima el reconocimiento constitucional del enriquecimiento ilícito, pero sí podemos proponer una situación simulada en la que ambas circunstancias entran en conflicto y determinar posibles lineamientos para resolverlo. Así lo explica Dworkin¹³⁹, quien enseña que ante la situación específica de concurrencia de derechos, uno prevalecerá sobre otro sin perjuicio de que el derecho derrotado siga perteneciendo al sistema jurídico. Entonces, los principios constitucionales no son absolutos e ilimitados sino que pueden ser derrotados en circunstancias determinadas, cuando entran en conflicto con otros principios cuya aplicación hace más efectivo al ordenamiento jurídico en general y a los derechos humanos en particular.

Diremos pues, que el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos está consagrado y vigente, pero que en los casos en que en virtud de tal principio deba aplicarse el tipo penal de enriquecimiento ilícito, el juzgador tendrá que estar a la efectiva vigencia del debido proceso, garantizando la situación de inocencia, la legalidad, la defensa, la correcta ubicación de la carga de la prueba y la aplicación subsidiaria del tipo. Esto lo afirmamos razonando bajo la lógica de que cada principio constitucional debe aplicarse en la forma en que favorezca la máxima

138 Citado por Jorge Baquerizo Minuche en Obra Citada. Pág. 40

139 Ídem. Pág. 33.

realización de los demás.

5. Propuestas de Solución.-

a) Consideraciones previas

Después de nuestro recorrido a través de los aspectos filosóficos y dogmático-jurídicos relacionados con los delitos contra la administración pública y el enriquecimiento ilícito, nos hemos adscrito a la postura de que la figura típica investigada vulnera principios constitucionales y de derechos humanos. Vamos a volver, en este momento, sobre las consideraciones que sustentan nuestro punto de vista.

En primer lugar, las garantías constitucionales y los derechos humanos han de ser, necesariamente, generales y universales: deben proteger a todos, sean o no funcionarios públicos, sin excepción. Entendemos a la dignidad del individuo como valor fundamental que debe consagrar la normativa a través de sus regulaciones, las mismas que deben proporcionar medios eficientes para alanzar la realización de los derechos cuando por cualquier razón estos se ven mancillados.

Si bien la corrupción es un fenómeno social de implicaciones graves, más grave sería, bajo los criterios de ponderación de derechos, admitir un régimen excepcional de no vigencia de garantías fundamentales, para ciertos individuos por ser funcionarios públicos. Es evidente, en nuestra opinión, que el enriquecimiento ilícito es una consecuencia de una acción y no una acción en sí, a diferencia de los otros tipos contra la administración pública, que pueden y deben ser herramientas para sancionar los actos de corrupción. De esta suerte, por eliminar el enriquecimiento ilícito como tipo penal no estamos obviando la responsabilidad de los funcionarios públicos.

No se soluciona con la tipificación de un resultado, un problema que por una parte se debe

a las falencias de los órganos encargados de la investigación del crimen y por otra a prácticas que llamamos de corrupción, relacionadas con la cultura, la idiosincrasia y la sociedad. El derecho penal en última instancia no soluciona problemas, lo que hace es sancionar la lesión de bienes jurídicos producida por acción u omisión claramente determinadas en la ley, y esta sanción debe estar limitada y racionalizada en la propia ley penal. Para sancionar las lesiones al bien jurídico “normal funcionamiento de la administración pública”, existen las figuras penales concretas que sí tipifican acciones, a saber: el peculado, el cohecho, la concusión, el prevaricato. Enriquecerse no puede ser por sí una acción con relevancia penal, en tanto que la no justificación del origen del patrimonio puede ser un deber administrativo, sí, pero la falta administrativa no puede acarrear sanciones penales, peor aún en el escenario actual, en que la administrativización del derecho penal es una de las cuestiones que amenazan la vigencia del garantismo. En este mismo sentido, un delito no puede cometerse en la misma sede en que se lo juzga, que es lo que ocurriría si aceptáramos que la justificación es un deber que debe cumplirse en la sustanciación del juicio; la justificación del origen patrimonial no debe integrar el tipo sino ajustarse a los principios penales generales.

En razón de lo dicho, debemos tener en cuenta que las “soluciones” penales no son el único medio para fiscalizar la conducta humana, es más, deben ser el último medio a utilizarse cuando existen otras posibilidades menos lesivas. De lo contrario llegaremos a encontrarnos en con un panorama de autoritarismo en el que cualquier cosa merezca respuesta penal, causando en consecuencia una posibilidad mayor de que la ley sea utilizada como herramienta de revancha política o personal.

Cuando hablamos de posibilidades menos lesivas, nos referimos en concreto, por un lado, a la responsabilidad civil por los perjuicios que puedan causar los funcionarios públicos a los particulares y por otro, a la responsabilidad administrativa y las alternativas administrativas de fiscalización, ya que en esta sede, aunque siempre debe respetarse un debido proceso, no aplican las mismas rigurosas garantías que son necesarias en el ámbito penal, como por ejemplo la garantía de no auto-incriminación y el derecho al silencio. En sede administrativa sí sería posible, pues, requerir al funcionario público la justificación del origen de un incremento patrimonial que luego de la auditoría correspondiente, no aparece justificado. Tengamos en cuenta que si el

enriquecimiento ilícito se entiende como un delito de comisión y omisión, estamos hablando de la omisión de justificar el origen patrimonial dentro del proceso penal que ya se sigue debido a la sospecha que ha despertado el aumento de patrimonio. En otras palabras, el delito se habría cometido dentro del enjuiciamiento que se está desarrollando sobre el propio delito, lo que resulta desde todo punto de vista, absurdo. El requerimiento de justificación, entonces, ha de ser realizado por la autoridad administrativa.

En sede administrativa el funcionario público tiene el deber propio de su función, de efectuar la declaración patrimonial juramentada, con apego a la verdad; deber que es conocido previamente por el funcionario público y que éste sabe perfectamente en qué consiste. Pero las infracciones administrativas por sí mismas, insistimos, acarrearán sanciones administrativas, no penales. En consecuencia, si un empleado público incumple su deber de justificar el origen de su patrimonio o ha hecho una declaración juramentada falsa se podrá, por ejemplo, multarle y destituirle del cargo, pero para que quepa una pena privativa de la libertad habrá que imperiosamente determinar de forma clara que existió una conducta que constituye en sí delito, vinculada causalmente con el incremento patrimonial. Y aquí debemos mencionar que no es posible hablar de perjurio respecto de las declaraciones patrimoniales juradas, porque la acción no cumple los presupuestos previstos en la ley penal¹⁴⁰, a saber, que se falte a la verdad bajo juramento, ante una **autoridad pública** -el notario no es autoridad sino fedatario-. En cualquier caso el funcionario debería prestar juramento ante un juez.

Un organismo administrativo como Contraloría, no puede tener en sus manos el ejercicio de la acción penal que corresponde al Ministerio Público, pero sí puede, como cualquier otra entidad o individuo, dar la *noticia criminis* cuando aparecen indicios de responsabilidad penal en alguna de sus indagaciones técnicas. Si la acción penal es de ejercicio exclusivo del fiscal, entonces no puede estar supeditada a un informe administrativo de Contraloría, que si bien puede ser medio de prueba, no puede ser requisito previo para iniciar la instrucción fiscal por alguno de los delitos contra la administración pública, tanto más cuanto en nuestra práctica jurídica se

140 Conforme con el código penal vigente: Art. 354.- Hay falso testimonio punible cuando al declarar, confesar, o informar ante la autoridad pública, sea el informante persona particular o autoridad, se falta a sabiendas a la verdad; y perjurio, cuando se lo hace con juramento. Se exceptúan los casos de confesión e indagatoria de los sindicados en los juicios penales, y los informes de las autoridades cuando puedan acarrearles responsabilidad penal.

confunde el indicio presentado por Contraloría, con prueba concluyente de responsabilidad por el delito.

Es cierto que la tipificación del enriquecimiento ilícito se ha querido justificar también por factores de carácter normativo: la norma constitucional regula expresamente la responsabilidad civil, penal y administrativa de los servidores públicos, haciendo mención taxativa de los delitos contra la administración pública, entre ellos el enriquecimiento ilícito, en tanto que la Convención Interamericana Contra la Corrupción manda a tipificar el delito de enriquecimiento ilícito a los países suscriptores. En el primer caso, hemos señalado ya que es perfectamente posible la existencia de un precepto inconstitucional dentro de la propia Constitución, y precisamente por eso se hace necesario tomar en cuenta que ante todo, el Ecuador es un Estado de Derechos, de tal manera que el concurso de disposiciones contradictorias debe resolverse en el sentido que mejor afiance la efectiva vigencia de estos derechos. Y en el segundo caso, la Convención Interamericana expresamente manda a tipificar los delitos contra la administración pública, **pero con sujeción a la Constitución** y a los principios generales del ordenamiento jurídico nacional. En otras palabras es perfectamente lícito que un país -como lo han hecho EE. UU. y Canadá- se abstenga de tipificar una figura que violenta los principios fundamentales de su Constitución.

b) Reforma legislativa

De las reflexiones que anteceden, se sigue, lógicamente, que la mención del enriquecimiento ilícito en la Constitución debería desaparecer, porque no hace referencia a una acción sino a un estado de cosas. El artículo 233 de la Constitución actual debería rezar, en consecuencia:

“Ninguna servidora o servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras y servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones previstas por los delitos de peculado, cohecho y concusión”.

También se colige de las consideraciones mencionadas, que el tipo penal enriquecimiento ilícito debe eliminarse del Código Penal Ecuatoriano. Esto sin perjuicio de que las leyes administrativas regulen los sumarios que pueden abrirse para fiscalizar a funcionarios cuya responsabilidad penal se sospecha. En enriquecimiento ilícito ha de concebirse como lo que es: una situación producida a consecuencia de determinado acto que la ley prohíbe y que vulnera el normal funcionamiento de la administración pública. Lo que ha de perseguirse es el acto doloso valiéndose de todos los mecanismos de investigación que permite la ley para determinar cuál ha sido la conducta que ha causado el enriquecimiento ilegal. Para hablar de conducta típica debe ser posible identificar por lo menos un verbo rector consistente en una acción u omisión del autor y esto es incompatible con la forma cómo se ha ideado el enriquecimiento ilícito.

c) Transparencia y ética pública como políticas de Estado

Todo cuanto hemos sostenido respecto a la *ratio legis* del enriquecimiento ilícito, poco a poco nos ha llevado a comprender que la ruptura de garantías constitucionales a través de la tipificación del enriquecimiento ilícito, no constituye un remedio al problema de la corrupción generalizada. De hecho, es nuestra opinión personal que en general la tipificación de delitos no cumple la función de prevenir conductas ilícitas o de solucionar fenómenos tan complejos como el de la delincuencia, sea común o de “cuello blanco”. Sabido es que los conflictos deben ser atacados por sus causas, como también se sabe que el endurecimiento de las penas no ha probado históricamente ser herramienta eficaz para la disminución de los índices de delincuencia, porque la sanción en realidad no es disuasiva, lo que se requiere es eficacia en la investigación y en la administración de justicia.

Por lo tanto, la lucha contra la corrupción exige más que la búsqueda de respuestas penales y debe orientarse más bien hacia la estructuración de un sistema preventivo y de control que funcione como verdadera política de Estado. Creemos que este es el camino que puede llevar a una conciliación entre los derechos humanos individuales del funcionario público, y los derechos colectivos de la ciudadanía, que con toda razón exige poder confiar en su gobierno y la transparencia del manejo estatal, sabiendo que los funcionarios públicos han de ser siempre responsables por sus actuaciones pero no en desmedro de las garantías constitucionales que los

protegen.

Si la existencia de un tipo penal tan cuestionado se ha venido justificando principalmente con el argumento de que es un arma en la lucha contra la corrupción, hay que preguntarse si el sacrificio de las garantías constitucionales realmente puede ser herramienta legítima para “castigar” la corrupción, pues la prevención general es una de las funciones que, teóricamente, justifican al derecho penal. El discurso a favor de la existencia del enriquecimiento ilícito parecería sugerir que la restricción de los derechos del acusado se hace para no vulnerar los de la víctima (en este caso toda la ciudadanía), cuando en realidad cada grupo de derechos se desarrolla en un plano distinto, y la disminución de unos no necesariamente es indispensable para la vigencia de los otros. Los derechos de las víctimas y los de los acusados, no se excluyen recíprocamente.

Además, el problema de la corrupción no es un problema exclusivo de los funcionarios públicos o de las entidades estatales, sino un mal estrechamente relacionado con la idiosincrasia y cultura propia de cada sociedad, así como con las condiciones de vida y la distribución del bienestar en un país; al fin y al cabo, de la propia sociedad provienen quienes llegan a ostentar cargos públicos. Si los escándalos de corrupción desencadenan la creación de nuevas normas más severas, no sirven para promover campañas que ataquen de raíz la conflictividad social y por lo tanto la apariencia de severidad de la norma no pasa de eso, careciendo de provecho práctico. Los escándalos son, en última instancia, buenos pretextos para la demagogia política e incluso la persecución avalada por una ley que no es legítima.

En estas circunstancias, las políticas de ética o transparencia pública son, como dijimos, claves para un cambio de panorama en los países latinoamericanos. Las políticas de transparencia deben contar necesariamente con la participación ciudadana, pues sólo el consenso y la conciencia colectiva pueden movilizar un cambio cultural y de comportamiento. Obviamente, son decisivos los mecanismos de rendición de cuentas y responsabilización de los funcionarios que se implemente a nivel administrativo, pues estos medios sí tienen el carácter de preventivos. En Ecuador existen algunos organismos que operan alrededor del control de la corrupción, a saber, la Contraloría General del Estado, el Consejo de Participación Ciudadana y, adscrita a la Presidencia de la República, la Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión. Estas entidades, además de

sus actividades propias que desarrollan cotidianamente, deben preocuparse de la implementación de programas de educación política y talleres de ética pública -que no es más que la ética aplicada al ejercicio de los cargos públicos- dirigidos a servidores de todos los niveles y áreas de la administración en sentido amplio; los mismos que deberían aprobarse de manera obligatoria, con periodicidad razonable, para la permanencia en el cargo.

La realidad nos ha mostrado que el papel del Consejo de Participación ciudadana no ha llegado a adquirir las dimensiones que se supone debe tener de acuerdo a la Constitución, como órgano máximo de fiscalización y control de los demás poderes del Estado. Por su parte, la Secretaría de Transparencia, al ser una oficina dependiente del ejecutivo, no tiene potestad sancionadora alguna, sino que se dedica a la recepción de denuncias que son investigadas y cuyos “informes técnicos” sirven para dar noticia a las autoridades competentes según se encuentren indicios de responsabilidad penal, civil o administrativa. El trabajo de esta secretaría resulta casi injustificado, cuando menos en el área penal, porque sus informes no tienen relevancia probatoria sino apenas narrativa para las investigaciones que deberá llevar adelante el Ministerio Público. Mejor destinados estarían los recursos estatales si se utilizaran para la implementación de verdaderas campañas de transparencia en la gestión pública, con la participación de los ciudadanos y para la profesionalización de la policía nacional y mejoramiento de los departamentos de criminalística.

Ciertamente, no hay que perder de vista las dificultades adicionales que tendrán las instituciones estatales en su lucha contra la corrupción; una de ellas es la subordinación al poder central o puede ser también la falta de capacitación de sus actores para emprender tareas investigativas y preventivas. Por esta razón es crucial que las entidades anticorrupción tengan un grado suficiente de autonomía política que les valga independencia y respeto por parte de la ciudadanía. Las autoridades que formen parte de estos órganos deberían designarse con la misma rigurosidad y gozar de una estabilidad similar a la de los jueces de mayor jerarquía.

Así también, directamente relacionada con la transparencia en la administración pública, está la obligación que tiene el Estado de proporcionar a los ciudadanos entidades e individuos especializados en la investigación del delito, organismos de inteligencia con capacidad técnica y

operativa que sean capaces de detectar las conductas típicas y probarlas sin sucumbir a los arreglos y componendas políticas que se acostumbran en nuestro medio. La preparación y profesionalización de la Policía Judicial, así como la capacitación de alto nivel a los fiscales, serán claves en la lucha contra la corrupción.

Por otro lado, ninguna ley, reglamento o mecanismo de control será eficiente si no hay un trabajo previo sobre la esfera de la conciencia del individuo y sobre sus valores éticos. Por ello también es deseable que las instituciones públicas cuenten con un código de ética, que cumpla un papel no sólo normativo sino también educativo, cuando se hacen esfuerzos reales por asimilarlo y difundirlo, no solo entre los servidores públicos sino entre toda la ciudadanía. A nuestro sector público le hace falta, además, un sistema de incentivos más eficiente, que fomente la buena conducta y la integridad a través de premios, en lugar de únicamente buscar la sanción de los comportamientos desobedientes. Hoy en día se habla de la necesidad de contar con profesionales de la ética para que pongan en práctica proyectos que puedan desarrollar los valores imprescindibles en los funcionarios públicos. Estos profesionales sabrán planificar verdaderos programas educativos con apoyos didácticos apropiados como el cine y la literatura, además de las nuevas tecnologías que el avance científico proporciona, a fin de conmover a los individuos y conseguir que se identifiquen con su compromiso de servicio a la comunidad.

Quizá sea tiempo de desmitificar la corrupción, dejar de verla como un obstáculo insalvable e incontrolable, relacionado exclusivamente con la política y la administración pública. El fenómeno de la corrupción atañe a todos los ciudadanos, en un problema que no sólo les afecta sino que es perpetrado por ellos mismos, y que requiere una reeducación e involucramiento de la sociedad civil en todos los procesos públicos.

CAPÍTULO IV

Conclusiones y Recomendaciones

1. Conclusiones.-

A través del proceso de investigación, sobre la base ius-filosófica del garantismo penal y con un enfoque global de derechos humanos, se logró cumplir con el objetivo específico de elaborar una propuesta de reforma a la tipificación ecuatoriana del delito de enriquecimiento ilícito.

En el transcurso de la investigación se ha conseguido desmentir la hipótesis inicial de que es posible una tipificación del enriquecimiento ilícito que se ajuste a los principios del debido proceso, las garantías constitucionales y los derechos humanos. En consecuencia lo que se ha propuesto es la eliminación del tipo.

Así mismo, ha sido posible, en el trayecto y mediante la revisión de la doctrina, arribar a algunas consideraciones teóricas importantes:

El Garantismo Penal es una corriente de pensamiento fundamentada en principios dogmáticos cuya finalidad es estructurar un derecho penal mínimo para restringir la aplicación de la violencia por parte del Estado y convertirlo en un instrumento de garantía de los derechos fundamentales. Se tiene en cuenta, pues, la posibilidad de quebrantamiento de los derechos humanos a través del ejercicio del *ius puniendi estatal*. Por esta razón, cuando las penas afectan a derechos tan fundamentales como la libertad, debe aplicarse, insistimos, un derecho penal mínimo, respetuoso del debido proceso en todas sus partes.

El debido proceso a su vez, es un conjunto de garantías que protegen al ciudadano encausado, asegurándole el respeto de sus derechos fundamentales. Consideramos que varios principios del debido proceso se ponen en juego a través de la tipificación del enriquecimiento ilícito. Incluso a pesar de la redacción actual del tipo, el debido proceso debería respetarse en su

aspecto adjetivo en todo momento y cuando se juzgue cualquier delito. Las garantías del debido proceso son de aplicación y puesta en práctica directa por parte de jueces, fiscales, abogados y demás actores del sistema de administración de justicia.

Por su parte, los Derechos Humanos son aquellos que siendo inherentes al hombre le garantizan una vida digna, libre, en igualdad de derechos frente a los demás ciudadanos y frente al Estado, y lo protegen de los posibles excesos del poder público. Los Derechos Humanos se sistematizan en tratados internacionales que a su vez son reconocidos por los Estados, incorporándolos a su normativa interna y dándoles, en la Constitución, la denominación de Derechos Fundamentales. En materia de Derechos Humanos no es aceptable un doble discurso en el que por una parte se afirme que están vigentes las garantías fundamentales, y por otra, bajo el discurso de la seguridad, se reconozcan normas que restrinjan tales garantías.

Dentro de esta óptica, el neoconstitucionalismo, que es una teoría constitucional contemporánea, supone la primacía de los principios -que son de aplicación directa por parte de cualquier juez- por encima de las leyes ordinarias, y la vigencia de los derechos fundamentales por encima de todo poder estatal.

Para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, es imperioso el respeto al Debido Proceso, que es un conjunto de garantías que protegen a quien ha sido sometido a un enjuiciamiento, de toda arbitrariedad que pueda provenir del Estado.

En cuanto a la problemática social relacionada con el enriquecimiento ilícito, es cierto que el problema de la corrupción en Latinoamérica se ha convertido en un verdadero flagelo para las sociedades, en las que no es raro observar que al poco tiempo de la asunción de un cargo público un funcionario ha incrementado su patrimonio de manera escandalosa. Este tipo de hechos han servido como fundamento para argumentar que en el enriquecimiento ilícito, en razón de la impunidad en la que suelen quedar tales delitos, es un caso excepcional que debe admitir la restricción de ciertos derechos a cambio de poder prevenir y controlar la corrupción.

La corrupción, hemos visto, es un fenómeno económico, político y social que consiste en el aprovechamiento abusivo del poder público para beneficio de particulares, en desmedro del bienestar del pueblo. La corrupción puede llegar a institucionalizarse, convirtiéndose en un sistema que se vuelve la modalidad corriente de proceder en el ámbito público.

Entendemos, luego del estudio realizado, que el fundamento político del enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la administración pública, sea que se trate de peculado, cohecho, concusión, prevaricato, etc., pues se cometen con tanto sigilo y astucia que siempre resultan en dificultades probatorias muchas veces insalvables. Pero estos supuestos deberían justificarse en la práctica para poder, verdaderamente, admitirse.

Lamentablemente, en el contexto ecuatoriano no se puede hablar de una aplicación exitosa del tipo penal: no son muchos los procesos que se han concluido en persecución de este delito, precisamente por la dificultad de probar el origen del incremento patrimonial ilícito; y por tanto no hay jurisprudencia concordante en el país en cuanto a la aplicación de este tipo penal. En términos prácticos, el aumento patrimonial a que se refiere el enriquecimiento ilícito, o bien no es delictuoso, o bien se origina en uno de los delitos que ya se encuentran debidamente descritos en el código, a saber, la concusión, el cohecho, el peculado y el prevaricato. La aplicación de este tipo exigiría que se descarte que haya provenido de uno de estos delitos, en otras palabras, que se descarte una conducta típica.

En cuanto a la figura del Enriquecimiento Ilícito en sí, debemos comenzar por afirmar que en el ámbito penal, el concepto de Administración Pública engloba a todas las funciones del Estado. La denominación que utiliza la Constitución ecuatoriana es “sector público”.

Sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública, colegimos que se trata del funcionamiento eficiente y transparente de ésta, orientado a cumplir eficientemente con sus fines de beneficio para toda la ciudadanía. No se puede aceptar que el bien jurídico protegido sea la buena imagen de los funcionarios públicos, pues lo que todos los tipos penales que protegen la administración pública buscan evitar, es la distracción de los recursos

estatales en provecho de un particular.

El enriquecimiento ilícito, según está redactado en las legislación penal ecuatoriana y en otras latinoamericanas, se configura con dos supuestos: un incremento patrimonial apreciable y la no justificación de su origen lícito por parte del funcionario público. Esta situación genera de hecho varias incongruencias con los principios generales del debido proceso y las garantías penales que sostienen al modelo de Estado Constitucional de Derechos.

En función del sujeto activo calificado, el enriquecimiento ilícito es un delito especial propio, que supone una especial relación de dominio del agente sobre los caudales públicos puestos a su cargo y sobre otros medios para enriquecerse ejerciendo abusivamente el cargo.

El resultado “enriquecimiento” en el tipo penal que hemos analizado, se refiere a todo tipo de aumento patrimonial, así como a una eventual disminución del pasivo que grava al patrimonio. El enriquecimiento ilícito se configura cuando se constata este aumento, aparejado a la imposibilidad de demostrar que su origen es lícito y que no está relacionado con el ejercicio abusivo del cargo público.

En la doctrina, si el delito de enriquecimiento ilícito se considera de omisión, consistente en no justificar el origen patrimonial, se entiende que el deber jurídico violentado es un deber originado en la legislación administrativa, cuyo quebrantamiento acarrea consecuencias penales. La legislación argentina favorece esta tesis por la manera como se encuentra redactada, no así la ecuatoriana. En todo caso, el delito se perfeccionaría dentro del propio juicio penal que lo persigue, lo cual es inadmisibles. En un enfoque distinto, se entiende que se sanciona el enriquecimiento pero la no justificación es condición de punibilidad. Desde una tercera posición, se sostiene que se trata de un delito de comisión y omisión a la vez: comisión por enriquecerse y omisión por no poder justificar el origen lícito del enriquecimiento.

En el marco del derecho constitucional ecuatoriano, la Carta Magna ecuatoriana regula la

responsabilidad de los funcionarios públicos por sus actuaciones y prevé expresamente la que se deriva del delito de enriquecimiento ilícito; situación que se alega generalmente para respaldar la constitucionalidad del tipo penal, indicando que con esto se zanja toda discusión ulterior al respecto. Consideramos que este reconocimiento no debe implicar de ninguna manera una renuncia a los derechos fundamentales por parte de los funcionarios públicos ni tampoco un régimen especial de restricción de derechos para los mismos. El bloque de constitucionalidad y la progresividad de los derechos fundamentales, no puede admitir situaciones de excepción ni situaciones jurídicas especiales para ciertos ciudadanos, pues el principal y más importante deber del Estado es garantizar la eficacia de los derechos humanos a través de la plena vigencia de las garantías fundamentales. La intervención estatal nunca debe orientarse a la restricción de estos derechos. El deber de transparencia que adquieren los funcionarios públicos cuando asumen sus cargos, no puede significar suspensión de las garantías fundamentales, y si así fuera, habría que informar claramente a los individuos que sus derechos constitucionales quedan restringidos mientras permanezcan en la función pública.

El sector doctrinario que se pronuncia por la constitucionalidad del enriquecimiento ilícito, sostiene que el reconocimiento expreso de la responsabilidad por este delito en la Constitución demuestra que el mismo no contraviene principios constitucionales sino que por el contrario, es pilar básico de la política estatal de lucha contra la corrupción, en concordancia con los tratados internacionales relacionados. Este sector considera que la conducta positiva de enriquecerse sumada a la negativa de no justificar el origen patrimonial, es suficientemente determinada como para considerar que respeta el principio de legalidad. A esto se añade la opinión de que al asumir un deber especial el funcionario público, la presunción de inocencia cede ante el interés general de la sociedad en la transparencia de su actuación. Se alega también que la justificación que hace el sindicado sobre la licitud del patrimonio no es más que el ejercicio de su legítimo derecho a la defensa y no representa de ninguna manera inversión de la carga probatoria. Se habla incluso de adoptar la doctrina civil de la “carga dinámica de la prueba” que justificaría el desplazamiento del *onus probandi* a aquella parte procesal que se encuentre en mejores posibilidades de aportar prueba, independientemente de que sea demandante o demandado.

En cuanto a los argumentos que toman partido por la inconstitucionalidad, se afirma

principalmente que el enriquecimiento ilícito transgrede el principio de legalidad, pues no hay una conducta o acción tipificada, sino la descripción de un resultado producto de una acción que se desconoce, con el objeto de salvar las dificultades probatorias que suelen desembocar en la impunidad. La indeterminación de la conducta hace muy complicada su comprobación empírica. Tenemos también al principio de inocencia, que considera que todo individuo ostenta el estatus de inocente mientras no sea declarado culpable en juicio legalmente sustentado. En el enriquecimiento ilícito, la sospecha es un elemento que forma parte del tipo, y esta sospecha debe ser desvirtuada por el reo, con lo que también se invierte la carga de la prueba. El derecho al silencio, por su parte, en este delito deviene en auto-incriminación, pues no justificar el origen patrimonial equivale a ser culpable. Solo aceptando que en el terreno de la criminalidad económica sea admisible una flexibilización de las garantías penales, sería posible justificar la existencia del enriquecimiento ilícito de funcionario público como tipo penal.

En el código penal ecuatoriano, cuando se tipifica el enriquecimiento ilícito no se describe una conducta sino un resultado. La falta de justificación del origen patrimonial parecería ser un elemento que formaría parte de la conducta “enriquecerse”, pero un análisis *a posteriori* nos demuestra que esto no es posible, ya que todo enriquecimiento es justificable en última instancia, con lo que concluimos que el funcionario está compelido a demostrar -justificar- el origen lícito de su patrimonio. Ciertamente, corresponde al Ministerio Público demostrar la relación entre el ejercicio abusivo del cargo y el resultado de enriquecimiento, pero tendría que tratarse solamente de prueba indiciaria, pues la prueba directa llevaría a establecer responsabilidad por un delito específico de los que contempla el código penal en el capítulo de los delitos contra la administración pública.

En Ecuador, el informe previo de Contraloría, en el evento de encontrar indicios de responsabilidad penal desprendidos del análisis de las declaraciones patrimoniales juradas obligatorias, es un requisito para que la Fiscalía proceda a iniciar la instrucción fiscal por enriquecimiento ilícito. No existe jurisprudencia de casación, ni muchos casos sentenciados en juzgados ordinarios o en fuero, pese a haber un número significativo de investigaciones iniciadas. En un caso en que se absolvió al funcionario público, la Sala Penal indica en sentencia que no fue posible establecer la conducta ilícita que habría producido como consecuencia un aumento

patrimonial, como tampoco se encontraron indicios que permitieran establecer que había existido ejercicio abusivo del cargo.

El juzgamiento del enriquecimiento ilícito, entonces, es aún más complicado que el de otras figuras penales, debido a la indeterminación de la conducta indebida y las dificultades para obtener prueba directa, que son justamente las que se trata de salvar a través de la redacción de un delito de sospecha. Sin embargo, no puede faltar por parte del ministerio público el aporte, cuando menos, de prueba indiciaria varia y concordante que pueda llevar al tribunal penal a decidir sobre el caso sometido a su conocimiento. Es importante demostrar que el cargo se ha ejercido abusivamente, pues si no hay indicios de comportamiento ilícito, no puede bastar el mero incremento patrimonial injustificado para la configuración de un delito y la aplicación de la pena correspondiente.

En suma, el enriquecimiento ilícito es un tipo penal residual, propio, de sujeto activo cualificado, establecido en razón de proteger el normal y transparente funcionamiento de la administración pública, cuya acción típica es debatida por considerarse indeterminada. No admite concurso y difícilmente tentativa. Tampoco parece probable que se pueda presentar una causal de justificación. No admite participación.

Así, hemos podido concluir que la tipificación del Enriquecimiento Ilícito pretende, en nuestro medio, salvar las dificultades probatorias que plantean las actuaciones de quienes están protegidos por importantes círculos de poder económico y político, y que astutamente ejercen arbitrariamente sus cargos; por lo tanto se justificaría parcialmente en razón de su utilidad práctica para países cuyos aparatos de investigación del crimen no son eficientes. No obstante, la existencia misma del derecho objetivo se legitima si éste funciona como medio para asegurar la felicidad social e individual; lo que sólo puede ocurrir en un Estado de Derechos que trascienda de la vigencia formal a la vigencia real de las prerrogativas fundamentales.

Si admitiéramos los argumentos esgrimidos para defender la constitucionalidad del tipo, tendríamos que seguir admitiendo la creación de otras figuras penales como ésta, lo que nos

llevaría a aceptar que junto a cada tipo penal se cree una figura omisiva sujeta a la misma pena, que consista en no demostrar la inocencia de ese mismo delito, que se presume porque alguna circunstancia genera sospecha.

En el ámbito internacional, en algunos países americanos la tipificación del enriquecimiento ilícito obedece a la suscripción de la Convención Interamericana contra la Corrupción, aunque países como Argentina y Ecuador ya lo habían regulado antes. Los países anglosajones americanos no han implementado medidas para tipificar este delito, mientras otros países, como Chile, lo han adoptado recientemente. La nota común en las legislaciones que reconocen el delito, es que sea un delito propio que consista en un aumento patrimonial apreciable cuyo origen lícito el reo no puede justificar. En unos casos se tipifica como delito de comisión, y en otros, de omisión, pero pese a los esfuerzos legislativos, la conducta precisa en la que consiste el delito, es indeterminada. En Europa, los códigos español y alemán no tipifican el enriquecimiento ilícito, mientras que Italia y Portugal sí lo hacen. No existe, sin embargo, un instrumento de carácter internacional que vincule a las naciones para perseguir el enriquecimiento ilícito.

La Convención Interamericana contra la Corrupción es un instrumento internacional creado por la Organización de Estados Americanos con el objetivo de combatir la corrupción con un enfoque especial en los países menos desarrollados, en los que son evidentes las dificultades probatorias que plantean estos delitos y que al mismo tiempo muestran los índices más altos de percepción de la corrupción en la región. Estas motivaciones son aún más evidentes en el enriquecimiento ilícito, delito que la Convención compromete a tipificar a los países suscribientes, pero que no fue adoptado en EE.UU. ni Canadá.

En vista de que el Derecho Penal es, por su naturaleza, lesivo para los derechos fundamentales, pues conlleva la aplicación de la fuerza sobre el individuo, su naturaleza es subsidiaria y debe aplicarse como último recurso posible para restablecer el bien social y resarcir los daños causados a las personas y a los bienes. Precisamente, los principios dogmáticos del Derecho Penal tienen por objeto racionalizar la aplicación del *Ius Puniendi* estatal, legitimar la aplicación de las penas y proteger la lesión innecesaria de los derechos fundamentales del

encausado.

Evidenciamos también que no es posible, por más artilugios semánticos que intenten usarse, tipificar el enriquecimiento ilícito en el sentido que le da la Convención Interamericana Contra la Corrupción, sin atentar contra las garantías penales básicas de un Estado de Derechos. Solamente en el evento de admitirse que ciertos individuos merecen ser tratados de manera excepcional por representar un peligro también excepcional para la sociedad, o aceptando que el funcionario público renuncia a determinadas garantías cuando asume su cargo, podríamos justificar la existencia del tipo penal que hemos analizado, como caso frontal de restricción en materia de derechos que debe tolerarse en razón de los beneficios sociales que acarrea.

El Enriquecimiento Ilícito es un fenómeno cuya génesis y trascendencia sobrepasa las consideraciones de tipo penal y normativo. Es ante todo una cuestión política, y con criterios de conveniencia política ha de aplicarse la figura, por más intentos que se hagan de depurar su redacción. Y la voluntad política determinará la renovación de superestructuras que ya no deben aceptar como normales las excepciones a la aplicación de las garantías fundamentales. Si es cierto que existen imperdonables deficiencias a nivel de investigación y juzgamiento de todos los delitos, y que no hay en política criminal un discurso mágico que solucione todos los problemas sociales, recurrir a mecanismos normativos que por un lado no transforman la realidad y que por otro se oponen a la efectiva vigencia de los derechos, no puede constituirse en solución propuesta casi como salvación mesiánica por los medios oficiales, que recientemente han llegado al extremo de haber promovido incluso la penalización del enriquecimiento injustificado privado, en términos aún más ambiguos que los del enriquecimiento ilícito de funcionario. La existencia del enriquecimiento ilícito se está justificando en razón de deficiencias institucionales, hecho que ofende desde todo punto de vista al pensamiento garantista penal.

Nuestras afirmaciones las hacemos en un contexto en el que nos encontramos con tendencias doctrinarias como el derecho penal del enemigo y la carga dinámica de la prueba, las cuales deslegitiman la actividad penal pues implican el ejercicio abusivo del *ius puniendi*, poniendo la seguridad por encima del respeto a los derechos humanos. El poder punitivo del Estado debe necesariamente estar limitado, a la luz de los criterios que proporcionan la teoría de

los derechos humanos y los principios dogmáticos penales.

Pensamos que en un escenario ideal, debería eliminarse del texto constitucional la alusión al enriquecimiento ilícito y en consecuencia derogar el tipo penal que consta en el código ecuatoriano. Esto no tiene que ser considerado desobediencia a la Convención Interamericana Contra la Corrupción, pues el propio instrumento impone compromisos sólo en la medida en que no se contravengan las constituciones nacionales y los principios jurídicos fundamentales de cada Estado.

Dada, sin embargo, la vigencia de la Constitución actual y considerando también que la corrupción de los funcionarios público es un problema real que requiere respuestas normativas, nos hemos permitido hacer una propuesta de reforma sobre el tipo que está vigente, procurando minimizar su impacto negativo sobre los principios del debido proceso, sin desvirtuar la premisa de que la lucha contra la corrupción debe ser una prioridad de las administraciones públicas.

Frente a lo dicho, encontramos interesante, pero no plenamente justificada, la postura de Silva Sánchez, quien acepta la flexibilización de la ley penal siempre y cuando tal flexibilización no se dé en relación con la privación de la libertad. Es decir, la llamada administrativización del derecho penal podría admitirse como situación excepcional, con tal de que su implementación no se dé en menoscabo de los derechos fundamentales como la vida y la libertad. Guardamos nuestras reservas respecto a esta postura, pues, según se sigue de todas las consideraciones anteriores, seguimos creyendo en un derecho penal garantista sin excepciones.

La ponderación de derechos es un mecanismo interesante para resolver aquellos conflictos en que entran en contradicción derechos fundamentales de igual jerarquía o igualmente reconocidos, como es el caso del principio constitucional que reconoce la responsabilidad por el enriquecimiento ilícito, y el derecho fundamental del ciudadano a un proceso debido y justo. Para ponderar hay que tener en cuenta, en cada caso particular, los fines supremos de las normas constitucionales y la lesividad que implique la elección del principio que debe ponderarse por encima del otro. Bajo los criterios de ponderación de derechos, tomamos en cuenta que la

transparencia en las actuaciones de la administración pública es un principio constitucional legítimo, frente al cual aparecen las regulaciones penales que sancionan a quienes transgredan este principio. Las sanciones deben aplicarse en observancia de todas las garantías procesales, situación cuya vigilancia corresponde a los tribunales penales y al ministerio público.

2. Recomendaciones.-

Los tipos penales deben estudiarse a la luz de la Teoría del Delito y los principios del garantismo penal, con el objeto de entender las implicaciones que tiene la ley penal para la libertad humana y comprender que su aplicación es de *ultima ratio*.

No debe olvidarse, cuando se analiza el derecho, que éste debe ser un instrumento para la realización del bienestar individual y social a través de la tutela de derechos fundamentales, garantías y bienes jurídicos, siendo el más alto deber del estado asegurar la vigencia de los derechos humanos.

Los fenómenos delincuenciales deben examinarse teniendo en cuenta los factores sociológicos, económicos, culturales y psicológicos que los acompañan y no solamente a través del lente legalista que ve en la penalización de las conductas un medio para la disuasión, cuando la dureza de las penas nunca ha asegurado la disminución de la criminalidad.

Cuando se habla de lucha contra la corrupción no deben proponerse únicamente temas de seguridad ciudadana y control legal, sino también políticas y mecanismos de prevención, educación y reeducación y participación ciudadana en los temas de ética pública.

Es necesario buscar mecanismos idóneos para la lucha contra la corrupción, pero ésta no puede ponerse en marcha a cualquier costo. El Estado no debe promover la utilización de medios ilegítimos e inconstitucionales bajo una suerte de aplicación del adagio “el fin justifica los medios”.

El Estado ecuatoriano a través de su gobierno debe preocuparse de manera urgente de mejorar los sistemas de investigación del delito, tanto a nivel de policía cuanto a nivel del ministerio público, profesionalizando y dotando a estas entidades de recursos técnicos y tecnológicos suficientes para establecer con certeza razonable la existencia de una infracción y su relación de autoría.

El código penal ecuatoriano debe reformarse pero no con el discurso politizado y mediatizado de la inseguridad ciudadana, sino con las garantías penales como principal horizonte.

En futuras investigaciones será necesario ampliar este análisis a nuevas propuestas de tipificación como la que se discute actualmente en la Asamblea Nacional en base a una consulta popular que aprobó la necesidad de crear la figura de “enriquecimiento injustificado privado”.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito 2008.

BÁRCENAS ESPITIA Edgar, El Enriquecimiento Ilícito, Web System EU, Bogotá, 2003.

BORDA Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires. s/a.

CEREZO MIR José, Temas Fundamentales del Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2001.

CREUS Carlos, Delitos contra la Administración Pública, Astrea, Buenos Aires, 1981.

CREUS Carlos, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1998.

DONNA Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000.

FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI Luigi, Derechos y Garantías: La Ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

GARCÍA BECERRA José Antonio, Teoría de los Derechos Humanos, Universidad de Sinaloa, México, 1991.

GÓMEZ Alfonso y Gómez Carlos, Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

GONZÁLES LLACA Edmundo, La Corrupción Política: Patología Colectiva, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2005.

MACIEL GUERREÑO Rubén, Aspectos inconstitucionales del tipo penal de Enriquecimiento Ilícito, Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 2003.

MANFRONI Carlos, La Convención Interamericana Contra la Corrupción anotada y comentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

MANZINI Vincenzo, Tratado de derecho penal, Parte especial, t.8, Ediar, Buenos Aires, 1961.

MARIENHOFF Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo t. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983

MAURACH Reinhart y ZIPP Heinz, Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

ORTIZ RODRÍGUEZ Alfonso, Curso de derecho penal especial, Primera parte, Universidad de Medellín, Colombia, 1985.

RODRÍGUEZ Agustín Washington, Corrupción y Enriquecimiento Ilícito: homicidio por engargo, Editorial Juris, Argentina, 1998.

ROXIN Claus, La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007.

ROXIN Claus, Problemas Actuales de Dogmática Penal, Ara Editores, Lima, 2004.

RUNES Dagobert D., Diccionario de Filosofía, Ediciones Grijalbo S. A., Caracas, Venezuela, 1994.

SANCINETTI, Marcelo A. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1994.

VARIOS AUTORES, Anteproyecto de Código de Garantías Penales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2009.

VARIOS AUTORES, Régimen Penal Ecuatoriano Tomo II, Ediciones Legales Edle S.A., Quito, 2007.

WELZEL HANS, Derecho Penal Alemán Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.

YACOBUCCI Guillermo, El Sentido de los Principios Penales, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, Derecho Penal (Parte General), Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Proceso Penal y Garantías Constitucionales, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2005.

ZAVALA BAQUERIZO Jorge, El Debido Proceso Penal, Edino, Quito, 2002.

ZAVALA EGAS Jorge, Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilex S.A., Quito, 2010.

Artículos

ALEXY Robert, Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, Revista española de derecho constitucional N° 91, 2011. Págs. 11-29.

ABRALDES Sandro F. Consideraciones críticas sobre la teoría de la imputación objetiva: el cuidado objetivamente debido como base del delito imprudente . Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Documento Digital.

DE LA FUENTE Xavier, El delito de enriquecimiento ilícito: la discusión sobre su inconstitucionalidad, Revista de Derecho Penal No. 1, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 2004.

DE LUCA Javier y LÓPEZ CASARIEGO Julio, Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional”, Suplemento de Jurisprudencia Penal de la Revista La Ley, Buenos Aires, 25 de febrero de 2000.

HERNÁNDEZ BASUALTO Héctor, El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2006. Págs. 183 – 222.

MEDINA SALAS Marco Antonio, Consideraciones sobre la Inconstitucionalidad del Enriquecimiento Ilícito, Capítulo Criminológico Vol. 37, No 1, Enero-Marzo 2009, 133 – 152.

MUÑOZ CONDE Francisco, De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”. Revista Penal de la Universidad de Huelva, No. 16, 2005. Págs. 123-137.

SILVA SÁNCHEZ Jesús María, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, J.M. Bosch Editor S. A., Barcelona, 1992.

SUÁREZ Francisco y Jabbaz Marcela, Hacia una política de control de la corrupción, La Gaceta de Económicas, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, Año2, No. 9. Abril y Mayo de 2001.

TORRES CHAVES Efraín, El Enriquecimiento Ilícito, Revista ILANUD Al Día, Año 5, No. 13-14, 1982.

Conferencias

UGALDE Luis Carlos, “El Debate sobre la corrupción en México”, VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 2002.

OSPINA Juan Carlos, “Neconstitucionalismo y Consitucionalización del Derecho”, IV Congreso Nacional y II Internacional de Derecho Constitucional, Pasto, Departamento de Nariño, Colombia, 2008.

Recursos En Línea

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <http://www.bcn.cl>

Organización de Estados Americanos: <http://www.oas.org>

Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México: <http://www.bibliojuridica.org/>

Revista Jurídica Online, Universidad Católica Santiago de Guayaquil: <http://www.revistajuridicaonline.com>

Terragni Jurista <http://www.terragnijurista.com.ar/>

Transparencia Internacional: <http://www.transparency.org>

United Nations Public Administration Network: <http://www.unpan.org>

Universidad de Friburgo: <http://www.unifr.ch>

Instituto Nacional de Ciencias Penales de México: <http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/>