



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

DEPARTAMENTO DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

El Delito de Enriquecimiento Ilícito en el Ecuador: ¿Constitucional o Inconstitucional?

**TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE  
MAGISTER EN DERECHO PENAL**

**AUTORA:**

Abg. Verónica Abad Izquierdo.

**DIRECTOR:**

Dr. Julio Teodoro Verdugo Silva Ph.D

CUENCA – ECUADOR

2019

## DEDICATORIA

El presente trabajo se lo dedico a mis hijas Verito e Isabellita, así como a mi esposo Cristian, a mis queridos padres Ramiro y Rosita, a mi hermano a quien tengo siempre en mi corazón y a toda mi familia por su apoyo siempre en cada meta que me he propuesto.

.

## AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi familia por el apoyo constante que me han brindado, así como también al Dr. Julio Teodoro Verdugo Silva por ser mi guía y apoyo durante este gran proceso.

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
INDICE.....	IV
RESUMEN.....	VI
ABSTRACT.....	VII
INTRODUCCION.....	VII
CAPITULO I.....	1
1.1 DEBATE CONSTITUYENTE Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: UNA INTRODUCCIÓN.....	1
1.2 ASAMBLEA CONSTITUYENTE: EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO UNA HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.....	4
1.3 ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: DOS FORMAS DE COMBATIRLO SEGÚN ELCONSTITUYENTE.....	9
1.4 DEBATE LEGISLATIVO SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: INTRODUCCIÓN.....	14
1.5 EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y EL ERNQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO BAJO EL DEBATE LEGISLATIVO.....	16
1.5.1 LA CORRUPCIÓN COMO ORIGEN.....	17
1.5.2. ARQUITECTURA DE LOS TIPOS PENALES: IMPORTANCIA EN SU CONSTRUCCIÓN.....	19
1.5.3. TIPIFICACIÓN DE UN RIESGO: POSIBLES PRINCIPIOS EN JUEGO.....	21
1.5.4. MINIMIZAR LA CORRUPCIÓN: PLANTEAMIENTO DE UNA MAYOR SANCIÓN.....	24
1.5.5. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y EL DEBATE DE OBJECCIÓN PARCIAL.....	25
CAPÍTULO II.....	28
2.1INTRODUCCIÓN.....	28
2.2 ANÁLISIS DESCRIPTIVO.....	28
2.2.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	29

2.2.2 TIPO OBJETIVO.....	32
2.2.2.1 NATURALEZA DE LA CONDUCTA TÍPICA.....	32
2.2.2.2 LA NOCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO.....	35
2.2.2.3 NEXO ENTRE EL ENRIQUECIMIENTO Y EL CARGO PÚBLICO.....	36
2.2.2.4. TEMPORALIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO.....	37
2.2.2.5 DETERMINACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO.....	39
2.2.2.6 SUJETO ACTIVO.....	40
2.2.2.7 SUJETO PASIVO.....	41
2.2.3 TIPO SUBJETIVO.....	41
2.3ANÁLISIS CRÍTICO.....	42
2.3.1 EL PRINCIPIO DE INOCENCIA.....	44
2.3.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	50
2.3.3 EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN.....	53
2.3.4 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.....	57
CAPÍTULO III.....	59
3.1INTRODUCCIÓN.....	59
3.2 EXAMEN ESPECIAL.....	59
3.3 PROCESO PENAL.....	62
3.3.1 ALEGACIONES Y PRUEBAS DE LOS SUJETOS PROCESALES.....	64
3.3.2 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL SEGÚN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES.....	71
3.3.3 MOTIVACIÓN JUDICIAL.....	73
3.3.4 PRINCIPIOS Y DERECHOS VULNERADOS: ACTUACIONES DE FISCALÍA DURANTE EL PROCESO PENAL.....	75
BIBLIOGRAFIA.....	83

## **RESUMEN**

El tipo penal de enriquecimiento ilícito no goza de favorable acogida en diversos países. Los debates y críticas doctrinales entorno a su tipificación se desarrollan en razón de la posible conculcación de derechos fundamentales, en particular, la presunción de inocencia. En virtud de dicho argumento, diferentes Estados rechazan su previsión o, en otros casos, sus respectivos tribunales-cortes constitucionales lo han declarado inconstitucional.

La presente investigación busca determinar si el artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) es constitucional ya que su aplicación podría implicar la transgresión de garantías y derechos fundamentales de personas a quienes se ha imputado dicho delito en el Ecuador.

## ABSTRACT

The type of criminal offence of illicit enrichment is not favorably received in various countries. The doctrinal debates and criticisms surrounding its classification are based on the possible violation of fundamental rights, in particular, the presumption of innocence. For this reason, different states reject their provision or their constitutional courts have declared it unconstitutional. This investigation sought to determine if article 279 of the Integral Organic Criminal Code (COIP) is constitutional since its application could imply the violation of guarantees and fundamental rights of persons in Ecuador to whom this crime is imputed.



Translated by  
Ing. Paúl Arpi

## INTRODUCCION

La incorporación del delito de enriquecimiento ilícito en la legislación ecuatoriana constituye una respuesta a los procesos generalizados de corrupción. Se establece una figura delictiva especial de sospecha con el propósito de dar solución a casos donde, por razones de insuficiencia probatoria, es imposible sancionar, bajo los tipos penales clásicos contra la administración pública, el incremento injustificado de patrimonio en el ejercicio de un cargo público. (Hernández, 2006; Pérez, 2012; Blanco, 2013; Del Carpio, 2015)

En este sentido, varios instrumentos internacionales impulsan la incorporación del enriquecimiento ilícito como delito en ordenamientos jurídicos internos, un tipo penal cuyas características no tardó en generar discusiones. Por un lado, existe un fuerte rechazo sustentado en los problemas constitucionales que acarrea su aplicación. Por otro, un evidente esfuerzo por defender su subsistencia (Creus, 1996; Caballero, 1997; Manfroni, 2001; Caro, 2005; Del Carpio, 2015).

La mayor parte de países de la región de Latinoamérica tipifican el delito de enriquecimiento ilícito en sus ordenamientos jurídicos. Sin ser una excepción, el Ecuador reconoce esta figura en el artículo 279 del COIP. Esta investigación contribuirá a esclarecer si su aplicación en el Ecuador supone la violación a derechos y garantías constitucionales sustanciales en un Estado constitucional de derechos y justicia, y, si sería necesaria una reforma o derogación. el constituyente para su revisión.

## **CAPÍTULO I**

### **EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: DEBATE CONSTITUYENTE Y LEGISLATIVO**

#### **1.1 DEBATE CONSTITUYENTE Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: UNA INTRODUCCIÓN**

La lucha contra la corrupción fue uno de los temas de mayor análisis y discusión en la Asamblea Nacional Constituyente 2007-2008. Previo al análisis del debate constituyente, es necesario realizar un repaso de la historia reciente del país para entender la importancia de este tópico.

Durante la década de 1990 y los primeros años del siglo XX, el escenario político ecuatoriano estuvo plagado de casos de corrupción en los distintos gobiernos. Para citar algunos ejemplos: el caso “Flores y Miel” (gobierno de Sixto Durán-Ballén); los casos “Aduanas”, “Mochila Escolar” y “Gastos Reservados” (gobierno de Abdalá Bucaram), el “Feriado Bancario” (gobierno de Jamil Mahuad); constantes denuncias de nepotismo y mala administración de los recursos públicos (especialmente durante el gobierno de Lucio Gutiérrez). Todo ello, sumado al derrocamiento de 3 presidentes a partir de 1997, devino en una profunda crisis institucional. La ciudadanía desconfiaba en las autoridades que gestionaban las instituciones estatales pues era de conocimiento público la comisión de actos de corrupción en todos los poderes del Estado. Sobre ello, De La Torre (2008) asevera que el “No a la corrupción” fue un valor defendido en las protestas en contra de Bucaram (1997), Mahuad (2000) y Gutiérrez (2005) y resalta:

Los valores que guiaron las protestas fueron éticos y morales. Las principales razones fueron el malestar por la corrupción; la indignación moral porque se ha roto el pacto social de dominación al utilizar de forma descarada las prácticas habituales de coima y soborno durante el gobierno de Bucaram (De la Torre, 2000); el descaro del gobierno de Mahuad de salvar a la banca inepta y corrupta con el erario público; o la indignación por cómo las instituciones estatales fueron acaparadas por familiares de Gutiérrez. (pág. 213)

Un evento clave para comprender lo señalado fue la caída del Presidente Lucio Gutiérrez. En este gobierno (2003-2005) existieron denuncias de corrupción en el poder Judicial, como la destitución arbitraria de los miembros de la Corte Suprema de Justicia y la consiguiente imposición de magistrados (quienes estaban identificados con los partidos políticos de mayoría parlamentaria y conformaron la “Pichi-Corte”<sup>1</sup>) que permitieron el retorno de Bucaram, cuyos procesos penales por el delito de peculado fueron anulados (Ayala, Rasgos históricos de la evolución constitucional del Ecuador, 2014); en el poder Ejecutivo, como el nombramiento de familiares y amigos (verbigracia, Napoleón Villa y Patricio Ortiz, cuñado y amigo de Gutiérrez respectivamente, fueron nombrados Presidente del Fondo de Solidaridad y Ministro de Desarrollo Humano) como titulares de entidades estatales (De La Torre, 2008), entre otros<sup>2</sup>. Como respuesta a ello, a inicios de 2005 se efectuaron protestas en varias ciudades (especialmente Quito, Guayaquil y Cuenca) y el 20 de abril se produjo un alzamiento popular masivo en la capital del país que, con el desconocimiento del gobierno por las Fuerzas Armadas y la destitución del Presidente por el Congreso Nacional, culminó con el derrocamiento de Gutiérrez.

Al respecto, De La Torre (2008) y Ayala (2008) coinciden en que una de las principales razones de las protestas en contra del gobierno de Gutiérrez fue el malestar generalizado del pueblo por la corrupción. Una muestra de la inconformidad popular fue el denominado “papelazo” del 16 de abril de 2005 que consistió en llevar papeles higiénicos a los lugares de concentración como signo de la exigencia ciudadana de “limpiar” y erradicar las prácticas corruptas de los políticos y demás autoridades estatales (Mantilla, 2016). Otro ejemplo de ello fue, en el transcurso de las movilizaciones, el uso de la consigna “que se vayan todos”, la cual resumía el sentimiento ciudadano de rechazo y desconfianza en las instituciones del Estado por los actos de corrupción acaecidos desde hace más de una década.

En 2006 existieron elecciones y aquel ferviente sentir popular de inconformidad fue asumido por el Movimiento Alianza PAÍS y su candidato presidencial Rafael Correa. El plan de

---

<sup>1</sup> Se denominó así a la Corte Suprema por el apodo de su presidente, Guillermo “Pichi” Castro, reconocido amigo de Bucaram. La Corte fue cuestionada sistemáticamente pues archivó también los procesos judiciales en contra del expresidente Gustavo Noboa y el ex vicepresidente Alberto Dahik (Ayala, 2014). Todos los juicios anulados estaban relacionados con actos de corrupción, lo cual generó una impresión de impunidad en la ciudadanía.

<sup>2</sup> Para mayor detalle sobre los casos de corrupción de dicho gobierno, véase El Telégrafo, 2016.

gobierno de dicho grupo político destacó como segundo eje la “Revolución ética: combate frontal a la corrupción” y propuso como herramientas para alcanzar tal objetivo la revocatoria de cargos públicos (incluida la del Presidente de la República); el establecimiento de mecanismos de transparencia en la administración pública (como la obligatoriedad de la rendición de cuentas y el control riguroso en impuestos, aduanas, manejo petrolero, eléctrico, permisos de exportación e importación, etc.); la creación de sistemas de compras, contratación y adjudicación públicos, transparentes y accesibles a la ciudadanía (Movimiento PAÍS, 2006).

La propuesta política de Alianza PAÍS recibió gran aceptación popular y Rafael Correa alcanzó la segunda vuelta electoral, la cual disputó con Álvaro Noboa. Un factor determinante para la victoria de Correa sobre Noboa fue la percepción ciudadana sobre su capacidad de luchar contra la corrupción. En Noviembre de 2006<sup>3</sup>, el 64,5% de la población consideró al candidato de PAÍS como aquel que mejor garantizaría la exigencia popular de combatir la corrupción, mientras Noboa apenas logró un 23,2% en este parámetro (Perfiles de opinión, 2006).

En su discurso de posesión como Presidente, Correa enfatizó en la necesidad del gobierno y el pueblo de erradicar la corrupción y planteó la creación de una Ley de Enriquecimiento Ilícito que sancione a quienes lucren en detrimento del Estado (DemocraciaSur, 2007). Posteriormente, y en cumplimiento de su propuesta de campaña, convocó a una consulta popular en la que los votantes se pronunciaron masivamente por la Asamblea Constituyente<sup>4</sup>.

Los sucesos históricos mencionados demuestran, primeramente, la importancia de la lucha contra la corrupción en el escenario político ecuatoriano previo a la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente y, en segundo lugar, la influencia de aquellos en la discusión sobre los textos constitucionales.

---

<sup>3</sup> Las votaciones correspondientes a la segunda vuelta de las elecciones presidenciales se efectuaron el 26 de noviembre de dicho año.

<sup>4</sup> Mediante el Decreto Ejecutivo N° 02, Rafael Correa convocó a los votantes a que se manifiesten sobre la pregunta: “¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?” (Verdugo, 2014). El 15 de abril del 2007 se llevó a cabo la consulta popular y el 81,72% del electorado aprobó la convocatoria a la Constituyente (Cubillos & López, 2009).

## **1.2 ASAMBLEA CONSTITUYENTE: EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO UNA HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN**

La Asamblea Constituyente se instaló e inició sus sesiones el 20 de noviembre del 2007 en la ciudad de Montecristi, provincia de Manabí. Los temas se debatieron en mesas constituyentes<sup>5</sup>, las cuales estaban integradas por 13 asambleístas y cuyas decisiones se adoptaban mediante mayoría absoluta<sup>6</sup>.

La principal atribución de las mesas fue elaborar y aprobar la propuesta de articulado sobre los asuntos de su competencia, para lo cual debían emitir un informe de mayoría que podía acompañarse de uno o varios informes de minoría que presenten un articulado alternativo (Verdugo, 2014).

En el Pleno (máximo órgano de decisión de la Asamblea) existían dos discusiones sobre los informes sometidos a su conocimiento por cada una de las mesas. Los informes de mayoría y minoría eran leídos y se procedía a un primer debate en el cual los asambleístas presentaban sus comentarios y los remitían por escrito a la Secretaría de la Asamblea para que sean enviados a las mesas proponentes. Tras discutir y analizar las observaciones, dichas mesas preparaban los informes para someterlos a un segundo y definitivo debate. (Acta 8, 2007)

La lucha contra la corrupción fue una de las cuestiones más discutidas durante el debate en el Pleno de la Asamblea y las mesas constituyentes. Tal fue su importancia que la temática de la Mesa 8 fue “Justicia y lucha contra la corrupción”<sup>7</sup>. Sobre la relevancia del combate

---

<sup>5</sup> El artículo 12 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente dispuso la creación de 10 mesas constituyentes: 1. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales; 2. Organización, Participación Social y Ciudadana, y Sistemas de Representación; 3. Estructura e Instituciones del Estado; 4. Ordenamiento Territorial y Asignación de Competencias; 5. Recursos Naturales y Biodiversidad; 6. Trabajo, Producción e Inclusión Social; 7. Régimen de Desarrollo; 8. Justicia y Lucha contra la Corrupción; 9. Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana; 10. Legislación y Fiscalización. (Acta 8, 2007)

<sup>6</sup> El Movimiento PAÍS logró 73 escaños en la Asamblea Constituyente y, por tanto, consiguió que al menos 7 de sus asambleístas estén presentes en cada una de las mesas constituyentes, lo cual le garantizó la mayoría absoluta en el Pleno y en las mesas (Verdugo, 2014).

<sup>7</sup> Esta mesa fue integrada por los asambleístas Mauro Andino, Tocha de la Torres, Vicente Mazaquiza, Fernando Vega, Santiago Correa, Gabriel Rivera, Gina Godoy, Marcos Martínez, Rafael Esteves, Catalina Ayala, Mae Montaña, César Gracia y Vicente Taiano (El Universo, 2007).

mencionado y su discusión en las diferentes mesas, el asambleísta Marcos Martínez<sup>8</sup> manifestó lo siguiente:

De ahí que su tratamiento rebasó la esfera de la justicia, de la Mesa ocho y se citó en la reorganización de las instituciones mismas que conforman el Estado ecuatoriano, atinente a la Mesa tres, a través de la participación ciudadana, asunto y tema de la Mesa dos. Por tanto, fue necesario que el tema sea tratado en conjunto por todas las Mesas atinentes, redoblando el tiempo y esfuerzo, de tal forma que la propuesta básica elaborada por la Mesa dos, fue enriquecida y retroalimentada por la Mesa ocho. En el neoliberalismo, la corrupción es la nueva forma de despojo, es la nueva forma de acumulación de riqueza y como hemos visto aquí, conforme se acerca el final del abuso, más feroz es la reacción de los beneficiarios de la corrupción. (Acta 70, 2008, pág. 55)

Debido a la trascendencia del tema, existió unanimidad en los asambleístas constituyentes al considerar indispensable el objetivo de combatir la corrupción. Por ello, la discusión se centró en establecer los mecanismos idóneos que permitan conseguir dicho propósito. Al existir consenso en el fin (el «qué» lograr), el debate versó sobre los medios («cómo» alcanzar la finalidad propuesta).

En este sentido, la tipificación del enriquecimiento ilícito como delito (así como del peculado, cohecho y concusión) fue considerada por los constituyentes como una herramienta para luchar contra la corrupción.

Al respecto, el asambleísta Mauro Andino<sup>9</sup> manifestó que el enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho y concusión deben ser tipificados como delitos pues su comisión atenta contra los recursos públicos. Además, enfatizó que su tipificación sería un instrumento útil para luchar contra los servidores públicos corruptos que se han enriquecido a costa del erario nacional. (Acta 50-A, 2008)

---

<sup>8</sup> Abogado y político ecuatoriano. Asambleísta Constituyente por la provincia de Imbabura en representación de la alianza entre Movimiento PAÍS y Partido Socialista-Frente Amplio. (El Universo, 2008)

<sup>9</sup> Abogado y político ecuatoriano. Asambleísta Constituyente por la provincia de Chimborazo en representación del Movimiento PAÍS. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2013)

Asimismo, la asambleísta Ximena Bohórquez<sup>10</sup> se refirió a la corrupción como la causa de la crisis moral que en ese entonces invadía las instituciones del Estado y afirmó que aquella surgió por la ausencia de control de las autoridades designadas para ejercer tal función (como el Contralor General del Estado, la Fiscalía General, Procuraduría General, etc.), las cuales, al haber sido nombradas por el Congreso Nacional, desempeñaron sus cargos según los intereses políticos y partidistas de quienes las designaron. Esta corrupción, a su criterio, se manifestó en la comisión de delitos por los funcionarios públicos, tales como el enriquecimiento ilícito, el peculado, la contratación de obras con sobreprecio, entre otros. Por ello, consideró preciso la tipificación de las infracciones penales indicadas. (Acta 22, 2008)

El asambleísta Marcos Martínez expresó que la lucha contra la corrupción era el tema de mayor preocupación ciudadana durante el proceso constituyente y, por tanto, requería la existencia de un fundamento constitucional que garantice dicho combate. Para ello, expuso que es imperioso la acción gubernamental y de la sociedad civil, la cual debe plasmarse en la creación de organismos anticorrupción autónomos e independientes y la formulación de políticas y planes anticorrupción de alcance nacional que aseguren la transparencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado y el acceso a la información pública por la ciudadanía. Finalmente, resaltó la necesidad de que la Asamblea Constituyente sea una herramienta que garantice un control efectivo de los bienes y recursos estatales y restituya la exigencia ciudadana de eliminar la impunidad, lo cual se relaciona con la tipificación como delitos de aquellas conductas que atenten contra la administración pública (como el enriquecimiento ilícito). (Acta 70, 2008)

En el mismo sentido, el asambleísta César Gracia<sup>11</sup> apuntó que los delitos de enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho y peculado “son normas jurídicas creadas para luchar contra la corrupción” (Acta 70, 2008, pág. 76). Señaló también que para hacer frente a esa lucha es indispensable el fortalecimiento de la nueva Función de Transparencia y

---

<sup>10</sup> Médica y política ecuatoriana. Asambleísta Constituyente elegida por votación nacional en representación del Movimiento Honradez Nacional. (El Universo, 2007)

<sup>11</sup> Abogado y político ecuatoriano. Asambleísta Constituyente por la provincia de Esmeraldas en representación del Partido Roldosista Ecuatoriano (El Universo, 2008).

Control Social, lo cual debe concretarse en la facultad de los órganos que pertenecen a dicha función para emitir informes de carácter obligatorio y vinculante en la investigación de las infracciones penales mencionadas ya que si dichos informes no poseen las características mentadas, carecen de sentido y devendrán en instrumentos que las autoridades obviarán discrecionalmente, tal como sucedió con los informes que la Comisión de Control Cívico de la Corrupción<sup>12</sup> entregó al entonces Ministerio Público, que sirvieron únicamente para extorsionar a los funcionarios investigados y, según la conveniencia y voluntad de las autoridades, ser o no considerados. (Acta 70, 2008)

La importancia del enriquecimiento ilícito como instrumento de lucha contra la corrupción fue de tal dimensión que las Mesas Constituyentes 2 y 8 propusieron conjuntamente, en el primer debate sobre los textos constitucionales referentes a la Función de Transparencia y Control Social, la procedencia de la confiscación de bienes cuando se declare, previa decisión judicial, la comisión del delito de enriquecimiento ilícito<sup>13</sup>. Al respecto, los asambleístas Jorge Escala<sup>14</sup> y César Gracia hicieron énfasis en que la confiscación debe proceder no solo en los procesos de enriquecimiento ilícito, sino también en aquellos de peculado, cohecho, concusión y evasión tributaria. (Acta 70, 2008)

Otra manifestación de la preocupación por la lucha contra la corrupción y su conexión con el enriquecimiento ilícito en el debate de los textos constitucionales fue expuesta en la propuesta inicial de la Mesa Constituyente 3, la cual estableció la comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho y peculado como una de las causales de destitución del Presidente de la República por parte de la Asamblea Nacional. No obstante,

---

<sup>12</sup> Este organismo fue creado por la Constitución ecuatoriana de 1998 que, según los artículos 220 y 221, era una persona jurídica autónoma e independiente cuyas principales funciones fueron: (i) promover la eliminación de la corrupción y (ii) receptar denuncias sobre hechos presuntamente ilícitos cometidos en las diversas instituciones del Estado con el fin investigarlos y, de encontrar indicios de responsabilidad penal, solicitar su juzgamiento y sanción al Ministerio Público y Contraloría General del Estado. Sin embargo, el segundo inciso del artículo 221 especificaba que, si bien la Función Judicial debe tramitar los pedidos de la Comisión, esta no debe interferir en las atribuciones de la primera.

<sup>13</sup> La temática de la Mesa Constituyente 2 fue “Organización y participación ciudadana” y estuvo conformada por los asambleístas Virgilio Hernández, Mercedes Panta, Balerio Estacio, Pilar Núñez, Eduardo Zambrano, Teresa Benavides, Margarita Morocho, María José Carrión, Hólger Chávez, Héctor Gómez, Andrés Pavón, César Rohón y Alfredo Ortiz (El Universo, 2007).

<sup>14</sup> Docente y político ecuatoriano. Asambleísta Constituyente elegido por votación nacional en representación del Movimiento Popular Democrático. (El Universo, 2008)

el artículo constitucional aprobado<sup>15</sup> apenas considera a los delitos nombrados como causas para que el órgano legislativo proceda a un enjuiciamiento político del titular de la Función Ejecutiva. (Acta 72, 2008)

Los asambleístas Andino, Bohórquez, Martínez y Gracia vincularon la tipificación del enriquecimiento ilícito con la lucha contra la corrupción. Esta conexión es trascendental pues la tipificación de aquella conducta ha surgido como una manifestación de dicho enfrentamiento. Esto se debe a que en las sociedades actuales existe un consenso sobre la importancia de combatir la corrupción<sup>16</sup> pues ella se ha convertido en un fenómeno transnacional que constituye una amenaza para “la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley” (Naciones Unidas, 2004, pág. 5). En este sentido, la tipificación del enriquecimiento ilícito es considerada una herramienta para luchar contra la corrupción<sup>17</sup> ya que el servidor público acusado debe justificar razonablemente el incremento significativo de su patrimonio mediante ingresos legítimos, esto es, ante la sospecha de los órganos jurisdiccionales y de control de que un funcionario ha obtenido ingresos por actos de corrupción, este último está obligado a presentar las pruebas que desvirtúen tal duda y demuestren la procedencia lícita de su acrecentamiento patrimonial. Además, al incorporar el enriquecimiento en la Constitución, el posterior órgano legislativo está forzado a tipificar esa conducta como delito para que conste en la legislación penal.

---

<sup>15</sup> Artículo 129 de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>16</sup> A partir de la década de 1990 se han suscrito varios tratados internacionales que demuestran la preocupación y voluntad política de los Estados por combatir la corrupción: Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos (1996), el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (1999), la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por la Unión Africana (2003), entre otros (Naciones Unidas, 2004). La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) ha sido ratificada por 186 países (UNODC, 2019)

<sup>17</sup> La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (artículo 20), la Convención Interamericana contra la Corrupción (artículo 9) y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (artículos 1 y 8) coinciden en tipificar como delito el enriquecimiento ilícito como una herramienta de lucha contra la corrupción (Del Carpio, 2015).

Otro punto común de los asambleístas citados es la consideración de que al prohibir una conducta (el enriquecimiento ilícito), ésta dejará de suceder. Sin embargo, obviaron en el debate que esto último depende no únicamente de la existencia de la norma prohibitiva, sino especialmente de su eficacia, es decir, del cumplimiento de la disposición normativa por parte de los destinatarios de la misma. Únicamente Martínez enfatiza en la necesidad de crear mecanismos que prevengan la comisión de delitos contra la administración pública (como el enriquecimiento ilícito) y promuevan una “ética pública” que genere conciencia ciudadana y coadyuve al cumplimiento de las políticas y disposiciones anticorrupción (Acta 70, 2008).

En concordancia, el asambleísta Fernando Vega<sup>18</sup> manifiesta que sin un compromiso social por cumplir las normas promulgadas para erradicar la corrupción, por más leyes que se creen, el cambio no será posible, o, en otros términos, que “si no hay un acuerdo ético, si esta Constituyente no logra llevar a la sociedad ecuatoriana un pacto social sobre la ética y sobre los valores, no podremos, simplemente, con reformas constitucionales resolver el problema de la corrupción” pues “al final de todo, serán la ciudadanía, los funcionarios, los entes estatales los que imbuidos de un espíritu ético, de un espíritu de valores, puedan hacer que este país cambie” (Acta 70, 2008, pág. 46)

Tras examinar las intervenciones de los asambleístas, es posible concluir que, en primer lugar, el debate constituyente estuvo centrado en la creación de instrumentos para luchar contra la corrupción, y, en segundo término, la incorporación del enriquecimiento ilícito en el texto constitucional fue una de las herramientas que, a criterio de los constituyentes, permitiría alcanzar dicho objetivo.

### **1.3 ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: DOS FORMAS DE COMBATIRLO SEGÚN EL CONSTITUYENTE**

---

<sup>18</sup> Teólogo, exsacerdote y político ecuatoriano. Asambleísta Constituyente por la provincia del Azuay en representación del Movimiento PAÍS. (El Universo, 2008)

La Mesa Constituyente 3<sup>19</sup>, al debatir los textos constitucionales referentes a la administración pública, realiza dos propuestas relevantes para combatir al enriquecimiento ilícito: la declaración de imprescriptibilidad del delito y la presentación de la declaración patrimonial juramentada.

Respecto a la primera, el informe de mayoría de la mesa mencionada estableció que la acción para perseguir el delito de enriquecimiento ilícito (así como de peculado, cohecho y concusión) y la pena son imprescriptibles y en estos casos los juicios deben iniciar y continuar aún en ausencia de los acusados (Acta 72, 2008). Esta propuesta de articulado<sup>20</sup> fue ampliamente apoyada por los asambleístas ya que se aprobó con 94 votos a favor (Acta 87, 2008).

Sobre ello, el asambleísta Sergio Chacón<sup>21</sup> afirmó que las acciones referidas a los delitos cometidos en contra de la administración pública como el enriquecimiento ilícito, peculado o cohecho deben ser imprescriptibles y lo fundamentó en la regulación del artículo 121 de la Constitución ecuatoriana de 1998 que consagraba la imprescriptibilidad de tales delitos (Acta 28, 2008).

Asimismo, el asambleísta Mauro Andino aseveró que las acciones y las penas respecto a los delitos de enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho y concusión deben, al igual que en la Constitución de 1998, ser imprescriptibles ya que “así en gran parte vamos a darle duro a los corruptos que se han enriquecido con los dineros del pueblo ecuatoriano” (Acta 50-A, 2008, pág. 56).

---

<sup>19</sup> El tema de esta mesa fue “Estructura e Instituciones del Estado” y estuvo formada por los asambleístas Édison Narváez, Gustavo Darquea, Héctor Terán, Betty Amores, Fernando Salazar, Julio Chactong, Amanda Arboleda, Patricio Pazmiño, Fernando Alarcón, Julio Logroño, Leonardo Viteri, Álvaro Noboa y Fernando Burbano (El Universo, 2007).

<sup>20</sup> Corresponde recalcar que el informe de mayoría presentado por la Mesa 3 para el segundo debate suprimió del artículo el juzgamiento de los delitos de enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho y concusión en ausencia de los acusados para asegurar el derecho al debido proceso (Acta 83, 2008). Por tanto, en la votación esta disposición fue aprobada sin la frase “y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aún en ausencia de los acusados” (Acta 87, 2008). Sin embargo, la Comisión Especial de Redacción y Revisión incluyó dicha frase en el texto final de la Constitución sometida a referéndum (Acta 96, 2008).

<sup>21</sup> Abogado y político ecuatoriano. Asambleísta Constituyente por la provincia de Napo en representación del Partido Sociedad Patriótica. (El Universo, 2008)

Si bien existió una posición mayoritaria sobre el tema, algunos asambleístas formularon críticas. El asambleísta Gabriel Rivera<sup>22</sup> manifestó sobre los delitos contra la administración pública (enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, concusión) que, si bien las acciones y penas deben ser imprescriptibles, también deben ser susceptibles de indulto o amnistía. Ello se debe a que en el Ecuador ha existido una judicialización de la política que ha provocado persecución a funcionarios públicos por distintos gobiernos y, por lo tanto, sería injusto que en ulteriores situaciones no sea posible conceder indultos o amnistías a quienes sean perseguidos por razones políticas. No obstante ésta observación, el aprobado artículo 120, numeral 13, de la Constitución del 2008 prohíbe a la Asamblea Nacional otorgar amnistías o indultos por las infracciones penales citadas. (Acta 64, 2008)

También la asambleísta Catalina Ayala<sup>23</sup> criticó que los delitos indicados sean imprescriptibles pues consideró que aquello puede servir para abusos y persecuciones políticas. Manifestó también que quien ha ejercido funciones públicas no puede estar expuesto indefinidamente, con o sin motivos, al inicio de un proceso judicial en su contra ya que el acusado, en aquellos casos sometidos a investigaciones tras 5, 10 o 20 años de la supuesta comisión, probablemente no tenga en su poder los documentos que le permitan ejercer su defensa y aportar pruebas de descargo contra las acusaciones hacia él imputadas, lo cual generaría inseguridad jurídica. Por ello, propuso limitar el tiempo para la prescripción de la acción y la pena en los delitos señalados ut supra. (Acta 72, 2008)

Cabe destacar que la intención del constituyente fue luchar contra la corrupción y asegurar que el enriquecimiento ilícito (así como el peculado, cohecho, concusión) no permanezca impune. Para ello, la Asamblea Constituyente incorporó la imprescriptibilidad en un texto constitucional caracterizado por su compleja modificación o rigidez, lo cual dificulta una eventual y posterior reforma de la Asamblea Nacional sobre el tema y disminuye la influencia de la discrecionalidad y la voluntad política de los órganos de control en la investigación de dichos delitos. Además, debido a la supremacía de la Constitución, esta declaración obliga al

---

<sup>22</sup> Abogado y político ecuatoriano. Asambleísta Constituyente por la provincia de Esmeraldas en representación del Movimiento PAÍS. (Observatorio Legislativo, 2012)

<sup>23</sup> Abogada y política ecuatoriana. Asambleísta Constituyente elegida por votación nacional en representación del Partido Sociedad Patriótica. (El Universo, 2008)

ulterior legislador ordinario a desarrollar el contenido constitucional mediante la regulación detallada en la legislación penal<sup>24</sup> de las infracciones mencionadas.

Acerca de las intervenciones de los asambleístas, si bien es posible presumir que la declaración de imprescriptibilidad se debe a que el enriquecimiento ilícito violenta los intereses públicos, Chacón y Andino no expusieron mayores razones que fundamenten su posición. Remitieron apenas a la Constitución de 1998 pero no presentaron otros argumentos que justifiquen la tipificación del enriquecimiento ilícito como imprescriptible, aun cuando la excepción a una garantía ciudadana (la prescripción de los delitos) exige una carga argumentativa que permita considerarla aceptable.

Sobre la segunda propuesta, el informe de mayoría de la Mesa 3 estableció a los servidores públicos la obligación de presentar una declaración patrimonial juramentada al inicio y otra al término del ejercicio de sus funciones para que la Contraloría General del Estado examine ambas e investigue aquellos casos en que se presuma la comisión del delito de enriquecimiento ilícito. Además, la sugerencia de articulado resaltó que se presumirá la comisión de dicho delito cuando el servidor público no presente la declaración al finalizar su gestión. (Acta 72, 2008) La mayoría de constituyentes apoyaron este artículo pues fue aprobado con 100 votos (Acta 87, 2008)

Al respecto, el asambleísta Fernando Vega recalcó que es necesario exigir a los servidores la declaración patrimonial juramentada y, especialmente, su historial económico ya que estas dos herramientas contribuirían a hacer frente al principal problema en el combate contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito: determinar «cómo» un funcionario ha adquirido sus bienes y no cuáles o cuántos posee. Para ilustrar su afirmación, expresó que una persona puede asumir un cargo público con un patrimonio proveniente del lavado de dinero y durante su gestión no incrementarlo, lo cual impide indagar plenamente el origen de su fortuna y combatir la corrupción. (Acta 72, 2008)

Con esta disposición, el constituyente pretendió crear mecanismos que faculten a las autoridades de control efectuar una revisión minuciosa de los ingresos de los funcionarios

---

<sup>24</sup> Por ello, en el Código Orgánico Integral Penal (promulgado en 2014, es decir, posteriormente a la Constitución de Montecristi) están tipificados los delitos de peculado (artículo 278), enriquecimiento ilícito (artículo 279), cohecho (artículo 280) y concusión (artículo 281).

públicos, determinar el origen y legalidad de los mismos y contar con elementos suficientes que coadyuven en la investigación de una supuesta comisión de enriquecimiento ilícito. Tal es la importancia de la declaración patrimonial juramentada como herramienta de lucha contra la corrupción y el delito de enriquecimiento ilícito que su falta de presentación constituye un hecho del cual surge una presunción *iuris tantum*: la comisión de dicha infracción penal.

No obstante lo apuntado acerca de las propuestas citadas<sup>25</sup>, ellas no supusieron innovación en relación a la Constitución de 1998<sup>26</sup> pues los textos son considerablemente similares y apenas cambios en la forma de la redacción los distingue. Ello demuestra que si bien existió preocupación de los constituyentes sobre el tema, fueron incapaces de idear nuevas formas que hagan frente al enriquecimiento ilícito. Como se afirmó *ut supra*, los asambleístas se enfocaron en crear disposiciones normativas sin considerar la importancia de elaborar instrumentos que contribuyan a incrementar la eficacia de dichos enunciados.

---

<sup>25</sup> Artículos 231 y 232 de la Constitución de 2008.

<sup>26</sup> Artículos 121 y 122 de la Constitución de 1998.

#### 1.4 DEBATE LEGISLATIVO SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: INTRODUCCIÓN

En relación a los acontecimientos históricos que sustentaron la discusión en el debate constituyente y su consecuente establecimiento en la Carta Magna del 2008, es necesario determinar los antecedentes legislativos de la tipificación de la infracción penal sometida a estudio.

El delito de enriquecimiento ilícito se introdujo por primera vez en el Ecuador el 29 de agosto de 1985 durante la presidencia de León Febres Cordero. En aquella época estaba vigente el Código Penal de 1938 (Codificación de 1971). Según la motivación que constaba en la ley que incorporó el tipo penal, el propósito de la reforma fue contener la corrupción en la administración pública (Narváez, 2011). Para ello, se incluyeron tres artículos innumerados a continuación del artículo 296 del Código Penal. En lo principal, la disposición tipificó lo siguiente:

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 sus ingresos legalmente percibidos.

Sin embargo, el 28 de septiembre de 2001, el órgano legislativo efectuó otra reforma: eliminó la frase “generado por actos no permitidos por las leyes y que, en consecuencia” e incrementó la sanción (anteriormente de uno a dos años) a una de dos a cinco años de prisión. (Narváez, 2011)

En aquel entonces, el sistema penal del Ecuador comprendía varios cuerpos legales heterogéneos: un Código Penal de 1938 (codificación de 1971), Código de Procedimiento Penal del año 2000 y Código de Ejecución de Penas de 1982. Cada uno con múltiples reformas, inconsistencias, construidas en distintas épocas, bajo diferentes sistemas<sup>27</sup> y, por

---

<sup>27</sup> En cuanto al procedimiento, el Código de Procedimiento Penal del 2000 implantó el sistema acusatorio. Antes se encontraba vigente el sistema mixto en el cual el juez era investigador y juzgador a la vez. Sin embargo, el cambio introducido tuvo problemas en su aplicación pues no se contemplaron las normas penales sustantivas para la incorporación del nuevo sistema. Es decir, se buscó transformar el sistema penal reformando solo una parte del mismo.

ende, sin concordancia e integralidad entre ellos, esto es, sin considerar normas sustantivas y procesales en conjunto para su producción legislativa, lo cual generó varios problemas en el campo práctico. Dichos hechos motivaron la elaboración del Código Orgánico Integral Penal<sup>28</sup> para integrar en un solo cuerpo normativo los diferentes aspectos del sistema jurídico penal conforme a la Constitución e instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En octubre de 2011, el Presidente de la República Rafael Correa envió al Presidente de la Asamblea Nacional el proyecto de Código Orgánico Integral Penal<sup>29</sup> por medio del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. El 18 de octubre del 2011 el Consejo de Administración Legislativa<sup>30</sup> calificó y remitió dicho proyecto al Presidente de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado<sup>31</sup>. Esta última resolvió conformar tres subcomisiones de entre sus miembros, cada una de las cuales trató el proyecto por libros: el Libro I de la Infracción Penal, Libro II del Procedimiento, Libro III de la Ejecución y Medidas Socioeducativas, respectivamente<sup>32</sup>. Dichas subcomisiones se encargaron de someter las disposiciones a una prueba de constitucionalidad; mejorar la estructura del proyecto; establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y penas; eliminar disposiciones contradictorias, repetidas; mejorar la redacción, etc. (Acta 174, 2012)

La CEPJEE acogió las recomendaciones efectuadas por las tres subcomisiones y aprobó el informe para el primer debate del COIP<sup>33</sup> en junio de 2012. Con ello, en sesión 174, el pleno

---

<sup>28</sup> En adelante COIP.

<sup>29</sup> Desde el 2009 el Ministerio de Justicia preparó un anteproyecto denominado “Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales” para reformar la legislación. Posteriormente dicha nomenclatura fue cambiada por “Proyecto de Código Orgánico Integral Penal” (con el fin de condensar todas las corrientes e ideologías en la materia).

<sup>30</sup> En adelante CAL.

<sup>31</sup> En adelante CEPJEE.

<sup>32</sup> Por consenso unánime de la CEPJEE se eliminó el libro IV del texto original referente a adolescentes infractores. Por otro lado, los principios dispersos en la propuesta del Ejecutivo fueron sistematizados en un solo libro. En efecto, la nueva estructura establecida por la Comisión fue: Libro Preliminar: Normas rectoras. Libro Primero: Infracción penal. Libro Segundo: Procedimiento. Libro Tercero: Aplicación y ejecución de penas.

<sup>33</sup> En un total de 39 sesiones, y tras efectuar 183 observaciones, la Comisión aprobó en sesión del 13 de junio del 2012, con 8 votos a favor, 2 abstenciones, 1 ausente. (Acta 126, 2012)

de la Asamblea discutió el proyecto del COIP desde el 28 de junio hasta el 17 de julio del 2012. El segundo debate tuvo lugar entre el 09 de octubre y 17 de diciembre del 2013. Los distintos aspectos de la propuesta de cuerpo legal penal fueron debatidos por libros y/o títulos, según las recomendaciones realizadas por la Comisión. (Acta 174, 2012)

El COIP se elaboró sobre la base del texto enviado por el Ejecutivo<sup>34</sup>. Los principales insumos para la revisión del mismo fueron las recomendaciones efectuadas por la CEPJEE, los proyectos de reforma penal presentados por varios asambleístas, las observaciones realizadas por varias instituciones del Estado (especialmente del sector de justicia), asambleístas, grupos de la sociedad civil, expertos y académicos (Acta 257, 2013).

### **1.5 EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y EL ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO BAJO EL DEBATE LEGISLATIVO**

Durante el debate legislativo, el tipo penal de enriquecimiento privado no justificado (junto a la no afiliación al IESS) tuvo especial relevancia ya que el resultado de la consulta de mayo de 2011<sup>35</sup> fundó la obligatoriedad de tipificar dicha conducta como infracción penal (Acta 174, 2012).

---

<sup>34</sup> El proyecto enviado por el Presidente de la República contenía mil ochenta y tres artículos, sesenta y un derogatorias. Según el informe de minoría de la CEPJEE el mismo fue un proyecto complejo, “presentado al apuro y sin revisión” pues su contenido trataba varios aspectos Código Penal vigente hasta entonces, añadiendo ciertos tipos penales innovadores pero manteniendo otras normas y delitos anticuados. (Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado, 2012)

<sup>35</sup> El 7 de mayo del 2011 se llevó a cabo la consulta popular convocada por el Presidente de la República (mediante Decreto Ejecutivo 669) el 21 de febrero de dicho año. El Presidente envió la solicitud de consulta popular a la Corte Constitucional para el Período de Transición para que efectúe el control de constitucionalidad de las preguntas. Respecto a la necesidad de tipificar el enriquecimiento privado no justificado, el Presidente propuso como pregunta para la consulta popular: “Con la finalidad de combatir la corrupción, ¿está usted de acuerdo que sea delito el enriquecimiento privado no justificado?”; planteó varios argumentos constitucionales para justificar la convocatoria y correspondientes preguntas: “...en la legislación vigente se sanciona con pena privativa de la libertad a aquellas personas que, siendo servidores públicos, incrementan injustificadamente su patrimonial...” no obstante, indica “...no ocurre lo mismo con el sector privado. Así habría muchos particulares que incrementan injustificadamente su riqueza, pero como su conducta no se ajusta exactamente a los requisitos del tipo penal de enriquecimiento ilícito tipificado en el Código Penal, se mantienen impunes, a pesar de ser evidente el enriquecimiento fraudulento” En tal virtud, el señor Presidente señaló que dicha conducta debía ser sancionada penalmente y crear el delito de enriquecimiento privado no justificado, como delito autónomo.” (DICTAMEN N.º 001-DGP-CC-2011, 2011, págs. 2-3). La Corte modificó la pregunta por no reunir los requisitos pertinentes. Finalmente, la interrogante sometida a consulta, con votación afirmativa de un 53,43% del electorado, fue: “¿Está usted de acuerdo que la Asamblea Nacional, sin dilaciones, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del

En contraste, el delito de enriquecimiento ilícito no fue objeto de una discusión profusa. Existieron pocas observaciones al mismo y no se cuestionó su figura en relación a los derechos y principios constitucionales. Más bien, la consideración de aquel como mecanismo de lucha contra la corrupción se vio plasmada en las intervenciones de los asambleístas.

Previo a señalar lo manifestado por parte de la Asamblea Nacional durante la tipificación del enriquecimiento ilícito en el COIP, es importante destacar algunos aspectos en común entre este último y el enriquecimiento privado injustificado, los cuales fueron establecidos durante el debate.

En primer lugar, ambos tipos penales fueron previstos para lograr un mismo objetivo: frenar la corrupción y sus consecuentes actos ilegales. Asimismo, ambas figuras delictivas comprenden un elemento común: el incremento patrimonial injustificado que se sustenta en la comisión de cualquier acto típico (o por lo menos en una sospecha de incurrir en el mismo). Este último constituye el aspecto fundamental del delito enriquecimiento ilícito (que comparte con el enriquecimiento privado) y del que se deslinda la posible vulneración de principios y derechos del debido proceso (principio de inocencia, inversión a la carga de la prueba, indeterminación del tipo, etc.). De aquello surge también la exigencia, anotada por varios asambleístas, de que la construcción y determinación en el proceso de producción legislativa de los dos delitos sea meticulosa.

### **1.5.1 LA CORRUPCIÓN COMO ORIGEN**

El fundamento bajo el cual la Asamblea Nacional incorporó el enriquecimiento ilícito y enriquecimiento privado no justificado<sup>36</sup> a la legislación penal fue la directiva constitucional

---

plebiscito, tipifique en el Código Penal, como un delito autónomo, el enriquecimiento privado no justificado?” (Consejo Nacional Electoral, 2011).

<sup>36</sup> En la mayor parte de legislaciones a nivel mundial, la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito se realiza en ámbito del ejercicio de una función o cargo público, es decir, como un delito especial propio en el que se exige la calidad del funcionario o servidor público para determinar su responsabilidad. No obstante, otros países e instrumentos internacionales han extendido la configuración del delito a particulares. Estos casos se observa en Colombia (debido al narcotráfico) y Bolivia. Lo contempla también la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción. (Del Carpio, 2015)

de combatir la corrupción. El primero con un antecedente y sustento en la Carta Magna; el segundo, además, por mandato del pueblo bajo consulta popular.

En este sentido, durante el primer debate, el asambleísta Jorge Escala<sup>37</sup>, sin especificidades al respecto, manifestó la necesidad de tipificar el enriquecimiento ilícito. (Acta 174-A, 2012) Dicho requerimiento se hizo realidad al establecerse como un delito en el proyecto al COIP, el cual se entiende como un mecanismo necesario en la lucha contra la corrupción.

Al respecto, el asambleísta Mauro Andino<sup>38</sup> sostuvo que la tipificación con mayor precisión de delitos contra la eficiente administración pública (como el enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, testaferrismo, etc.) es necesaria para aplacar definitivamente los actos de corrupción que los funcionarios del sector público, durante varios años, han perpetrado (Acta 257-A, 2013).

Las mismas afirmaciones se realizaron respecto al enriquecimiento ilícito privado. Las actividades deshonestas no solo ocurren en el campo público, además se desarrollan en el ámbito particular, donde también es necesario un mecanismo para combatirlo. En este sentido, el asambleísta Bayron Pacheco<sup>39</sup> expresó su aprobación sobre la previsión del enriquecimiento ilícito privado como infracción penal y su consecuente sanción. Fundamentó su afirmación en que la riqueza obtenida por varios ciudadanos es producto de actividades ilícitas que merecen ser penadas (Acta 257-A, 2013).

Basado en la corrupción del gobierno, el asambleísta Enrique Herrería<sup>40</sup> criticó el texto que consta en el proyecto de ley sobre el enriquecimiento privado no justificado. Afirmó que, cuando la disposición expresa que para configurar el ilícito requiere que la persona obtenga un incremento patrimonial injustificado que sea producto del cometimiento de un delito (actividad ilícita), esto es, por ejemplo, narcotráfico, sicariato, etc. excluye la

---

<sup>37</sup> Asambleísta Nacional elegido por votación nacional en representación del Movimiento Popular Democrático. (Observatorio Legislativo, 2012)

<sup>38</sup> Asambleísta Nacional por la provincia de Chimborazo en representación del Movimiento Alianza PAÍS (El Telégrafo, 2013).

<sup>39</sup> Abogado y político ecuatoriano. Asambleísta Nacional por la provincia de Cañar en representación del Partido Avanza. (Ecuavisa, 2013)

<sup>40</sup> Abogado y político ecuatoriano. Asambleísta Nacional por la provincia del Guayas en representación del Partido Social Cristiano-Madera de Guerrero. (Observatorio Legislativo, 2012)

responsabilidad de funcionarios públicos. Aseveró que esto se debe a que, el trabajo, ejercicio de un cargo, función, dignidad en el sector público se encuentran establecidos en la ley, es decir, consisten en una actividad lícita. (Acta 174, 2012) Entonces, el tipo excluiría el enriquecimiento indebido que obtiene un servidor público en ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, dicha afirmación supuso un error pues existió confusión entre el enriquecimiento ilícito obtenido por un individuo dentro del ámbito público y aquel del particular común. El primero implica un delito especial, cuyo sujeto activo solo puede ser la persona que, además de efectuar la acción típica que establece la disposición (obtener un incremento patrimonial), tenga las cualidades que prescribe el tipo, esto es, los servidores públicos y personas que actúen en virtud de una potestad estatal. En cuanto al segundo, la realización del hecho delictivo proviene de cualquier persona, sin exigir determinadas condiciones a quien cometa el hecho contra la ley (Del Carpio, El delito de "enriquecimiento ilícito": análisis de la normativa internacional, 2015).

Por otro lado, ambas figuras delictivas suponen que el incremento de la riqueza del individuo debe provenir de un acto en conflicto con la ley pues caso contrario no se configura la infracción penal. En otras palabras, los dos tipos penales encierran una sospecha de que la riqueza que no se explica a partir de actividades conocidas y conforme a la ley proviene de un hecho delictivo (Hernández, 2006). En el caso de funcionarios públicos, se determina según la prevención de actos de corrupción administrativa; en particulares, se establece de conformidad a los beneficios que genere cualquier acto *contra lege*.

### **1.5.2. ARQUITECTURA DE LOS TIPOS PENALES: IMPORTANCIA EN SU CONSTRUCCIÓN**

Desde otra perspectiva, respecto a la tipificación del enriquecimiento indebido cometido por funcionarios públicos como de particulares, los assembleístas se refirieron a la importancia de la redacción y el cuidado sobre la construcción de los elementos que conformarían ambos tipos penales.

Al respecto, la asambleísta Lourdes Tibán<sup>41</sup> afirmó que muchas disposiciones previstas en el proyecto contravienen los conceptos constitucionales en cuanto a los derechos humanos y expresó la falta de necesidad de establecer varias penalidades con el objeto de “romper” con la corrupción. En este sentido, tomó como ejemplo al enriquecimiento ilícito y señaló la imperiosa necesidad de determinar con atención el contenido de las disposiciones penales pues podría utilizarse las mismas como mecanismo de persecución política para encarcelar a personas que no puedan justificar un “depósito” o determinado ingreso. (Acta 174-C, 2012)

Paco Fierro<sup>42</sup> sostuvo que los delitos como el enriquecimiento ilícito, específicamente el cometido por particulares, deben ser tipificados con meticulosidad. Por ello, el asambleísta propuso la creación de una comisión especial para elaborar el Código Orgánico Integral Penal y resaltó que ciertas figuras delictivas, como la mencionada, requieren del apoyo y conocimiento de juristas especializados para construirlas debido a que regulan temas susceptibles de vulneración a derechos fundamentales. (Acta 174-A, 2012)

Asimismo, Vicente Taiano<sup>43</sup> realizó una propuesta por escrito en el debate, en la que hace constar observaciones sobre el delito de enriquecimiento privado no justificado. Expresó que la disposición legal transgrede el contenido envidado por el Presidente de la República a la Corte Constitucional ya que, mientras la sanción del enriquecimiento ilícito en funcionarios públicos puede ser sancionada, en el caso de las personas privadas no (Acta 174-B, 2012). En el primer caso existen organismos encargados de realizar auditorías y controles, mientras en el ámbito privado se carece de un mecanismo específico para determinar su comisión. El asambleísta agregó que la forma como está planteado supondría un tipo penal abierto que debe ser corregido. (Acta 174-B, 2012)

---

<sup>41</sup> Abogada y política ecuatoriana. Asambleísta Nacional por la provincia de Chimborazo en representación del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik- Nuevo País. (El Comercio, 2019)

<sup>42</sup> Exmilitar y político ecuatoriano. Asambleísta Nacional por la provincia de Chimborazo en representación del Partido Sociedad Patriótica. (La Prensa, 2019)

<sup>43</sup> Abogado y político ecuatoriano. Asambleísta Nacional elegido por votación nacional en representación del Partido Renovador Institucional Acción Nacional. (Observatorio Legislativo, 2012)

Los asambleístas evidenciaron la importancia de constituir de forma adecuada los delitos de enriquecimiento ilícito. En general, los tipos penales describen y regulan las conductas penalmente relevantes, es decir, comportamientos que pone en peligro o provocan un perjuicio o lesión a ciertos derechos. Entonces, el legislador debe analizar con sumo cuidado la conducta que va a ser tipificada, el bien de la sociedad que afecta (bien jurídico), la lesión, quien puede cometerlos, etc. Una inadecuada formulación podría suponer vulneración de derechos, ya sea porque no los protege efectivamente, ya porque se está castigando una conducta que no implica peligro a intereses de la comunidad.

### **1.5.3. TIPIFICACIÓN DE UN RIESGO: POSIBLES PRINCIPIOS EN JUEGO**

Las afirmaciones en torno a una construcción rigurosa y meticulosa de las infracciones penales se fundamentaron en que aquellas podrían suponer la vulneración de garantías y derechos constitucionales del debido proceso tales como el derecho a la presunción de inocencia (pues existiría una inversión en la carga de la prueba), principio de reserva legal, principio de no autoincriminación, etc.

A pesar de constituir un mandato el establecimiento del enriquecimiento privado injustificado en el nuevo Código, la CEPJEE señaló en su informe que la construcción de los elementos del delito debía realizarse de tal forma que no suponga vulneración a disposiciones y normas constitucionales. Además, destacó que la finalidad específica sobre dicho tipo penal era evitar que la carga de la prueba se invierta pues con ello existía el peligro de contravenir el debido proceso. (Acta 174, 2012)

El asambleísta Patricio Donoso<sup>44</sup> manifestó que realizar una redacción incorrecta del enriquecimiento privado no justificado supone un riesgo para el principio de presunción de inocencia. Asimismo, resaltó que dicha figura delictiva podría suponer una sospecha sobre la comisión de actos delictivos por los ecuatorianos cuando lo correcto es que la culpabilidad sea declarada sobre la base de la certeza y el convencimiento del juzgador en virtud de las pruebas. (Acta 257-A, 2013)

---

<sup>44</sup> Arquitecto y político ecuatoriano. Asambleísta Nacional elegido por votación nacional en representación del Movimiento Político Nacional Creando Oportunidades. (Observatorio Legislativo, 2015)

En términos similares, el asambleísta Richard Guillén<sup>45</sup> criticó la tipificación de dicho tipo penal. Fundamentó su reparo en que aquel vulnera el principio de inocencia pues la persona procesada está obligada a demostrar el origen lícito de sus recursos. Ejemplificando, manifestó el injusto que podría provocar en sujetos que, a pesar de carecer de ingresos adecuados o estar en mala situación económica, reciben dinero de sus familiares en el exterior, dinero que no se encuentra declarado en el SRI, quienes serían condenados ante la imposibilidad de explicar o justificar de donde provienen las ganancias aunque no hayan cometido la infracción penal. Sin embargo, apoyó su regulación siempre que la misma sea minuciosa, garantice la imparcialidad y priorice la investigación a funcionarios del Gobierno, quienes, según su juicio, transfieren su dinero a cuentas particulares y constituyen los protagonistas de los actos de corrupción. (Acta 174-C, 2012)

En virtud de los aspectos comunes entre ambas figuras señalados en párrafos precedentes, las declaraciones de los asambleístas Guillén, Donoso y el informe de la CEPJEE (inversión de la carga de la prueba, vulneración principio de inocencia, indicio de cometer cualquier acto delictivo) son importantes en relación con el delito de enriquecimiento ilícito en servidores públicos ya que una de las principales dificultades de dicha figura delictiva radica en la prueba de la actividad ilícita generadora de la inexplicable riqueza del individuo. Al proceder la inversión de la carga de la prueba en este tipo penal, basta la producción de un incremento patrimonial no sujeto a justificación para que se presuma su emanación de un delito y, en consecuencia, exista una investigación (o acusación) a un individuo, quien deberá demostrar el origen legal de sus ingresos. Además, aquel constituye una “sospecha de actos delictivos” pues el enriquecimiento que carece de explicación supone su origen en la comisión de una conducta delictiva, lo cual vulnera el principio constitucional de inocencia. (Hernández, 2006)

En este mismo sentido, la asambleísta Cynthia Viteri<sup>46</sup> aseveró que el tipo penal de enriquecimiento ilícito aplicado a servidores públicos supone un presupuesto para su

---

<sup>45</sup> Ingeniero agrónomo y político ecuatoriano. Asambleísta Nacional por la provincia de Manabí en representación del Partido Sociedad Patriótica. (Observatorio Legislativo, 2012)

<sup>46</sup> Abogada y política ecuatoriana. Asambleísta Nacional por la provincia del Guayas en representación del Partido Social Cristiano-Madera de Guerrero. (El Universo, 2019)

sanción: que la persona que actúe en virtud de una potestad estatal cometa previamente otro ilícito (por ejemplo, peculado, concusión, cohecho, etc.), el cual constituiría la fuente del aumento inusitado del patrimonio; o en otras términos, para que el servidor público se enriquezca ilícitamente y se configure el tipo penal debe ejecutar anteriormente otro acto delictivo. Entorno a esto, la asambleísta cuestionó la forma en que sería sancionado ya que si el tipo penal bajo examen implica la realización de otra infracción penal para obtener el incremento inexplicable de su riqueza, surge la duda de por cuál de los delitos debería ser sancionado el acusado. Por ello, afirmó que el tipo penal de enriquecimiento ilícito es incoherente. (Acta 174-C, 2012)

La observación que expresa la asambleísta es trascendente en cuanto a los problemas de legitimación del tipo penal bajo estudio. En resumen, Viteri sostuvo que la figura delictiva consiste en un acrecentamiento patrimonial infundado cuya fuente está en la comisión de otro hecho punible que el servidor público realiza para el efecto. Entonces, el individuo a ser juzgado adecúa su comportamiento a dos tipos penales (el enriquecimiento ilícito y otro, por ejemplo, el testaferrismo). De ahí surge el cuestionamiento ¿Por cuál sería sancionado? Sin embargo, dicha afirmación trae a relucir más bien el carácter indeterminado de la figura delictiva.

Uno de los vicios del delito de enriquecimiento ilícito reside “en la total indeterminación de aquello que se presume”, afirma Hernández. Al sujeto sospechoso no se le atribuye una conducta concreta sino un “simple estado de cosas” o un resultado de un comportamiento no definido (Hernández, 2006). En realidad, si fuera acreditada y determinada la actividad ilícita por la cual el individuo adquiere el aumento patrimonial, la sanción se establecería en virtud del acto delictivo concreto que realizó, por ejemplo, concusión, peculado, cohecho, narcotráfico, lavado de activos, etc. Precisamente, uno de los fundamentos por los cuales el enriquecimiento ilícito fue creado y es objeto de penalización reside en la solución que brinda a casos donde, por deficiencia probatoria, no se puede sancionar una conducta específica bajo los tipos penales clásicos contra la administración pública (Del Carpio, 2015). Al respecto se afirma:

La defensa de la criminalización del enriquecimiento ilícito ha reposado por lo general en criterios de necesidad de pena, en el sentido de evitar vacíos de punibilidad frente a aquellos funcionarios que al final del ejercicio de sus cargos ostentan un patrimonio importante no justificado en razón de sus ingresos y sin que pueda acreditarse que hayan cometido peculado, cohecho u otros delitos contra la administración pública. (Pérez, 2012, pág. 2)

En efecto, la dificultad para probar la conducta ilícita configura uno de los motivos de su introducción a las legislaciones penales. Así, el enriquecimiento ilícito consiste en la manifestación de una sospecha genérica, una presunción de realizar cualquier delito, no precisado, indefinido. Ello se traduce en la vulneración, no sólo del principio de inocencia, sino del principio de reserva legal penal.

#### **1.5.4. MINIMIZAR LA CORRUPCIÓN: PLANTEAMIENTO DE UNA MAYOR SANCIÓN**

Desde otra perspectiva, durante el segundo debate y sustentados en el propósito que persigue el enriquecimiento ilícito (frenar la corrupción), el carácter y alcance del tipo penal, los asambleístas propusieron, como una nueva panacea a los problemas del sector público, la modificación de su sanción<sup>47</sup>.

Fausto Tibán Cayambe<sup>48</sup> manifestó la necesidad de ampliar la sanción del enriquecimiento ilícito. Sostuvo que la pena debía ser mayor debido a que la configuración del tipo penal resulta de la comisión de otros delitos para aumentar su patrimonio, por ejemplo, la realización del peculado. (Acta 257-A, 2013)

---

<sup>47</sup> En el proyecto inicial presentado por el Presidente de la República, el delito de enriquecimiento ilícito era sancionado de forma graduada según el monto de incremento patrimonial, el cual se determinaba en relación a las remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general. La máxima pena privativa de libertad era de once a quince años (> a cuatrocientas remuneraciones) y la menor de tres a cinco años (< a cien remuneraciones). (Presidencia de la República, 2011) Posteriormente, dichas sanciones fueron reducidas y aumentadas nuevamente. En el primer debate, la pena establecida fue de tres a cinco años (> a cuatrocientas remuneraciones) y de seis meses a un año (> a doscientas). (Asamblea Nacional, 2012) En el segundo debate: de tres a cinco años (> a cuatrocientas); uno a tres años (> a doscientas y < a cuatrocientas); de seis meses a un año (hasta cien). (Asamblea Nacional, 2013) En el COIP constan penas privativas de libertad mayores.

<sup>48</sup> Abogado y político ecuatoriano. Asambleísta Nacional por la provincia de Pichincha en representación del Movimiento Alianza PAÍS. (La Hora, 2016)

De acuerdo con esto, el asambleísta Ramiro Vela<sup>49</sup> se refirió a los delitos contra la administración pública. Hizo énfasis en la corrupción existente en las instituciones del Estado del Ecuador desde que nació como República. Afirmó que este fenómeno constituye en una de las principales razones de la miseria del país. En este sentido, planteó modificaciones de varias figuras delictivas respecto a sus sanciones: una multa del doble del monto del beneficio económico obtenido en la comisión del peculado, la imprescriptibilidad del testaferrismo y, por último, la necesidad de que el delito de enriquecimiento ilícito sea castigada con una sanción severa. La finalidad de su propuesta consistió en que los funcionarios públicos desistan de efectuar actos corruptos. (Acta 257-B, 2013)

El asambleísta Oscar Ledesma<sup>50</sup> señaló el avance e incremento en el país de los actos de corrupción. Las distintas instituciones del Estado, en especial, las autoridades de gobiernos seccionales y presidentes de las Cortes estaban invadidos por este fenómeno. Por un lado, afirmó que sería de suma importancia la intervención de especialistas del Derecho para la realización de varios tipos penales. Sin embargo, expresó la imperiosa necesidad, debido a la experiencia histórica y estado del sector público, de apoyar las propuestas planteadas por Armando Aguilar y Ramiro Vela. Como un mecanismo para combatir la corrupción, la propuesta consistió en endurecer las penas para aquellas personas que se aprovechen de las circunstancias del servicio público, específicamente en el peculado, enriquecimiento ilícito y cohecho. (Acta 257-B, 2013)

### **1.5.5. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y EL DEBATE DE OBJECCIÓN PARCIAL**

El Presidente de la República objetó parcialmente el Proyecto de COIP. Setenta y tres observaciones fueron presentadas y se concretaron en 59 artículos de los 730 y en 14 disposiciones de las 68, esto es, el 8,1% del articulado y 20,6% de las disposiciones (Acta 267, 2014).

---

<sup>49</sup> Psicólogo y político ecuatoriano. Asambleísta Nacional por la provincia de Cotopaxi en representación del Movimiento Alianza PAÍS. (Ecuavisa, 2013)

<sup>50</sup> Educador y político ecuatoriano. Asambleísta Nacional por la provincia de Pastaza en representación del Movimiento Alianza PAÍS. (Observatorio Legislativo, 2015)

En lo referente al delito de enriquecimiento privado no justificado, el Presidente criticó que el artículo tipifique diferentes sanciones en virtud del incremento patrimonial de la persona. Sustentó su objeción en que, si bien la ciudadanía se pronunció a favor de la tipificación de esta infracción penal en la consulta popular de 2011 y el órgano legislativo es el encargado de hallar la forma idónea de cumplir con el mandato del pueblo, en este caso faltan criterios técnicos que permitan establecer escalas graduales de la sanción ya que no existe un organismo de control en el ámbito privado que determine si el aumento en el patrimonio objeto de investigación es injustificado<sup>51</sup>. Por ello, propuso que la sanción aplicable a este delito sea única y solo cuando el acrecimiento sea excesivo<sup>52</sup>. (Presidencia de la República, 2014)

Sobre el delito de enriquecimiento ilícito, el Presidente manifestó que la aplicación de distintas sanciones es justificada ya que la Contraloría General del Estado, mediante un informe de auditoría, es capaz de precisar si el incremento patrimonial del servidor público se originó en el ejercicio de su cargo o en actividades ilícitas. Además, recomendó que para el ejercicio de la acción penal en la investigación de este delito se establezca como requisito de procedibilidad la existencia de un informe previo sobre indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado. A su criterio, ello se debe a dos razones: en primer lugar, dicho organismo es el encargado de controlar el uso de los recursos estatales y está facultado constitucionalmente para determinar indicios de responsabilidad penal; y, en segundo término, si bien dicho requisito fue ya prescrito por una resolución de la Corte Nacional de Justicia<sup>53</sup>, es necesario que aquel conste en la ley para evitar que una futura

---

<sup>51</sup> Cabe señalar que el Presidente afirmó que los recursos patrimoniales generados en el ámbito privado, en comparación con aquellos originados en el ejercicio de cargos públicos, "...son de muy distinta naturaleza y por tanto no se podría determinar si efectivamente este incremento se dio de manera injustificada o a partir de alguna actividad ilícita..." (Presidencia de la República, 2014, pág. 17)

<sup>52</sup> El artículo sugerido por el Presidente fue: "Artículo 297.- Enriquecimiento privado no justificado.- La persona que obtenga para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, incremento patrimonial no justificado mayor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años" (Presidencia de la República, 2014, pág. 18)

<sup>53</sup> El artículo 1 de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia del 24 de Febrero de 2010 dispuso: "Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del Enriquecimiento Ilícito" incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal". Si bien la Fiscalía puede investigar una supuesta

disposición de dicho órgano jurisdiccional, de manera arbitraria, lo elimine, lo cual garantiza la vigencia de los principios de legalidad y seguridad jurídica que fundamentan el sistema de justicia ecuatoriano<sup>54</sup>. (Presidencia de la República, 2014)

Durante el debate de las objeciones y sugerencias indicadas en la Asamblea Nacional, el asambleísta Mauro Andino expresó que, tras analizar los argumentos del Presidente, la CJEE resolvió recomendar al Pleno allanarse al veto presidencial pues dichas críticas son razonables, perfeccionan el texto preliminar enviado por el órgano legislativo y garantizan de mejor manera los derechos ciudadanos (Acta 267, 2014).

De lo manifestado, el debate en torno al delito de enriquecimiento ilícito es poco profundo. Son pocas las observaciones realizadas al mismo. El cambio más significativo supuso el aumento de la pena privativa de libertad como medida para hacer desistir a servidores públicos de involucrarse en actos corruptos. La estructura, contenido, alcance, ni posible vulneración de derechos (a pesar de ser controvertida en la doctrina y sentencias de otros países) no son puestas en consideración. Por otro lado, la discusión se centró en el delito de enriquecimiento ilícito privado, producto de la consulta popular efectuada en el 2011, que si bien no es el tema a tratar, su tipificación supone ciertas irregularidades estructurales comunes que también se pueden deslindar del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

---

comisión del delito de enriquecimiento ilícito (etapa preprocesal), requiere inexorablemente del informe emitido por el órgano de control para iniciar el proceso penal.

<sup>54</sup> El Presidente sugirió que al final del artículo 581 del Proyecto se añada: “Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado” (Presidencia de la República, 2014, pág. 37).

## CAPÍTULO II

### EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y CRÍTICO DEL TIPO PENAL

#### 2.1 INTRODUCCIÓN

Como se manifestó en el primer capítulo, el delito de enriquecimiento ilícito ha sido incorporado en la legislación penal ecuatoriana con la finalidad de combatir la corrupción. No obstante la legitimidad de dicho objetivo, diversos países<sup>55</sup> han optado por no incluir en su ordenamiento jurídico-punitivo el tipo penal mencionado por las posibles vulneraciones a derechos fundamentales que su aplicación puede ocasionar.

En virtud de aquello, el presente capítulo pretende analizar el ilícito penal mencionado para determinar si la tipificación del COIP respeta las disposiciones y derechos constitucionales. El estudio se dividirá en dos partes: la primera, un análisis descriptivo del delito para conocer los elementos que lo componen; la segunda, un análisis crítico con el propósito de establecer la constitucionalidad del tipo penal en relación a los principios de legalidad, presunción de inocencia, culpabilidad y nemo tenetur.

#### 2.2 ANÁLISIS DESCRIPTIVO

Para analizar el delito de enriquecimiento ilícito corresponde exponer, primeramente, su regulación en el COIP. Así, el artículo 279 de dicho cuerpo normativo tipifica aquel en los siguientes términos:

Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o

---

<sup>55</sup> Portugal, España, y, en general, la mayoría de Estados de Europa Occidental no aceptan sancionar el enriquecimiento ilícito porque consideran que es innecesario en relación con otros instrumentos de combate contra la corrupción o suponen que genera inconvenientes con principios fundamentales, especialmente con el de presunción de inocencia (Blanco, 2013).

función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones.

Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años.

Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años.

A continuación se distinguirán y separarán los elementos que componen el tipo penal para examinar detalladamente cada uno de ellos.

### **2.2.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

Según el artículo 29 del COIP, es antijurídica la acción u omisión que, a más de poner en peligro o producir resultados lesivos, descriptibles y demostrables, amenaza o lesiona un bien jurídico protegido por dicho cuerpo normativo. Por ello, corresponde determinar el contenido del objeto jurídico que tutela la ley penal con la finalidad de delimitar el ámbito de protección de la norma que influye en la valoración de la conducta considerada penalmente relevante. (Peña Cabrera, 2011)

De conformidad con la estructura del COIP, el delito de enriquecimiento ilícito se encuentra en la sección tercera (Delitos contra la eficiencia de la administración pública), capítulo quinto (Delitos contra la responsabilidad ciudadana), título cuarto (Infracciones en particular), del libro primero (La infracción penal). Por tanto, según el legislador ecuatoriano, el bien jurídico protegido por el tipo penal bajo análisis es la “eficiencia de la administración pública”, esto es, el correcto funcionamiento de las entidades públicas según los objetivos previstos por la Constitución: garantizar el goce y ejercicio de los derechos de los ciudadanos, cumplir con los fines a ellas encomendados por las

disposiciones constitucionales y legales, y, servir a la colectividad según los principios de transparencia, calidad, etc.<sup>56</sup>

La Corte Nacional de Justicia<sup>57</sup> se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el bien jurídico protegido por el delito comentado. En la Resolución No. 0471-2011-1SP, la Primera Sala de lo Penal de dicho órgano jurisdiccional señaló que: (a) la antijuricidad del enriquecimiento ilícito radica en la lesión que ocasiona a la moral en la administración pública y a la moral pública; (b) la punición del tipo penal bajo examen no tutela el patrimonio económico del Estado pues si el funcionario público ha incrementado su patrimonio con bienes estatales, cometería el delito de peculado, y si recibió bienes por parte de un particular, incurriría en la figura delictiva de cohecho o concusión.

En el mismo sentido, la Sala Especializada de lo Penal de la CNJ (2018), en el proceso 17721-2016-1564, manifestó que el delito de enriquecimiento ilícito, al estar asociado a la corrupción y deshonestidad del servidor público, "...afecta al correcto funcionamiento de la administración pública, en sus facetas de la eficiencia, funcionalidad, prestigio, dignidad y confianza..." (que comprende también la actuación de quienes integran la función pública) y, por tanto, "...la sanción punitiva alcanza una mayor intensidad al resultar afectado los intereses sociales relacionados a un funcionamiento de la administración estatal" (pág. 32).

Asimismo, dentro del proceso 17721-2017-00199, el órgano judicial mencionado (2019) afirmó que el objeto jurídico tutelado por el ilícito penal sub examine es la imagen de probidad, gratuidad y transparencia de la administración pública, mientras la finalidad de la tipificación de dicha figura delictiva es preservar la ética del servidor público y la dignidad, insospechabilidad y decoro de la función pública.

Los órganos de administración de justicia de países vecinos también se han pronunciado sobre el tema. La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-319/96, declaró que el objeto jurídico protegido es la moral social, entendida esta como un valor constitucional primordial en la gestión de la administración pública que exige un deber de transparencia a

---

<sup>56</sup> Artículos 226 y 227 de la Constitución de 2008.

<sup>57</sup> En adelante CNJ.

los funcionarios que la componen. La jurisprudencia penal peruana<sup>58</sup> ha manifestado que el delito de enriquecimiento ilícito tutela el bien jurídico “administración pública”, el cual comprende: el ejercicio continuo y normal de las funciones públicas en observancia de los deberes impuestos a los servidores según su cargo; el prestigio y dignidad de la administración; la protección del patrimonio público; la probidad y honradez de los funcionarios públicos (como se cita en Rodríguez, Torres, Navas, & Noboa, 2014).

Por su parte, en la doctrina existen diversos criterios sobre cuál es el bien jurídico que preserva el delito de enriquecimiento ilícito. Donna (2000) distingue tres posiciones doctrinales generalizadas según las cuales, respectivamente, el objeto jurídico protegido por el mentado tipo penal es: (a) el interés social en que los funcionarios públicos no vicien la administración pública y justifiquen sus incrementos patrimoniales al ser requeridos; (b) la prevención de conductas anormales de aquellos servidores que pretenden enriquecerse mientras se aprovechan de su condición; (c) la apariencia de probidad y transparencia de la administración pública y de sus agentes.

Un sector de la doctrina enfatiza que el bien jurídico del delito sub examine es el comportamiento lícito y honesto de los servidores públicos. Al respecto, De la Fuente (2004) manifiesta que el bien jurídico tutelado es la conducta honrada y conforme a la ley de los funcionarios, cuyo propósito es evitar que aquellos se prevalgan de su posición para incrementar su patrimonio indebidamente. A decir de Rojas (2007), el objeto protegido es “el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos conminando jurídicopenalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de honradez y servicio a la nación” (pág. 854). Montoya (2012) asevera que el bien jurídico está constituido por los principios de probidad, veracidad y transparencia a ser observados por el servidor en el ejercicio de la función pública, los cuales impiden a aquel enriquecer su patrimonio a partir de fuentes prohibidas según su especial estatus.

---

<sup>58</sup> Ejecutoria Suprema emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú el 16 de mayo de 2003 en el Recurso de Nulidad 09-2001 y Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 25 de enero de 2011 en el Expediente 99-2009.

Otro grupo de doctrinarios sostiene que el objeto jurídico amparado está relacionado a la reputación de la administración pública. Según De Luca y López, el bien tutelado por el delito de enriquecimiento ilícito es “la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración pública y de quienes la encarnan” (como se cita en Fontán Balestra, 2008, pág. 979). En similares términos, Gálvez (2001) señala que el objeto jurídico es la funcionalidad, prestigio, dignidad y confianza de la administración pública, la cual incluye las actuaciones de los agentes que la componen ya que estas últimas, finalmente, determinan la estimación de la sociedad sobre la administración. A criterio de Buompadre (2003), el objeto jurídico protegido por el ilícito comentado tiene como fin “tutelar la decencia administrativa y la salud de los negocios públicos” (pág. 340).

## **2.2.2 TIPO OBJETIVO**

### **2.2.2.1 NATURALEZA DE LA CONDUCTA TÍPICA**

De conformidad con el principio constitucional de legalidad, serán sancionados únicamente los actos u omisiones tipificados en la ley como infracciones penales, lo cual consagra un derecho penal de acto basado en la especificación precisa de la acción prohibida. En este sentido, el artículo 22 del COIP prescribe como penalmente relevantes aquellas conductas (en modalidad de acciones u omisiones) que expongan a riesgo u ocasionen efectos lesivos, descriptibles y demostrables.

La conducta sancionada por la figura delictiva de enriquecimiento ilícito es, según la disposición penal ecuatoriana, obtener un incremento patrimonial injustificado. En consecuencia, aquel constituye un delito de comisión, es decir, el sujeto activo ejecuta una acción que contraviene la prohibición impuesta por la norma penal y produce resultados condenados por esta última.

Al respecto, la Primera Sala de lo Penal de la CNJ expresó que la conducta objeto de reproche penal es incrementar injustificadamente el patrimonio y, en virtud de ello, existen dos elementos que configuran la tipicidad del delito de enriquecimiento ilícito sobre los cuales reside lo punible del hecho: (a) que se presente un enriquecimiento real y no presuntivo, lo cual supone la constatación del acrecimiento patrimonial del funcionario

público y exige la demostración de tales hechos; (b) que no se justifique dicho incremento, lo cual exige que este último aparezca en razón del ejercicio del cargo o función del servidor y cuyo origen no sea consecuencia lógica de sus ingresos lícitos (por ejemplo, sueldos oficiales, rentabilidad de un patrimonio adquirido legalmente). (Resolución No. 0471-2011-1SP, 2011)

A su vez, la Sala Especializada de lo Penal de la CNJ, previo al análisis fáctico, definió la conducta como “un proceso controlable por el sujeto realizado en el mundo exterior” (pág. 23) y, posteriormente, declaró que el tipo penal de enriquecimiento ilícito requiere de la ejecución de una acción para su configuración, la cual consiste en incrementar el patrimonio injustificadamente por parte del funcionario público como consecuencia del ejercicio de su cargo o función. (Sentencia del Proceso 17721-2016-1564, 2018)

En el mismo sentido, el órgano jurisdiccional mencionado *ut supra* manifestó que la conducta sancionada es obtener un incremento patrimonial injustificado y añadió que “...lo correcto es concebir la existencia de un deber impuesto por la norma al funcionario público, el cual es precisamente, justificar el aumento apreciable de su patrimonio, ocasionado a partir de la asunción del cargo o función pública” (Sentencia del Proceso No. 17721-2017-00199, 2019, pág. 8).

Sobre el asunto, el máximo órgano de justicia constitucional de Colombia manifestó que el comportamiento tipificado consiste en incrementar de manera injustificada el peculio (Sentencia C-319/96, 1996). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú<sup>59</sup> señaló que la acción incriminada por la figura delictiva examinada es ejecutar actos de: (a) incorporación de bienes (derechos o activos) al patrimonio del funcionario público; (b) disminución (o extinción) los pasivos que integran aquel (como se cita en Rodríguez, Torres, Navas, & Noboa, 2014).

Sin embargo, en la doctrina no existe unanimidad sobre la conducta penalmente relevante en el delito de enriquecimiento ilícito. Un primer sector considera que aquel es un delito de

---

<sup>59</sup> Ejecutoría Suprema emitida el 19 de octubre del 2006 en el Recurso de Nulidad 847-2006.

omisión, esto es, demanda para su realización de la ejecución de una acción negativa<sup>60</sup>. Según Creus (1998), la acción típica es no justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable, lo cual significa que el sujeto activo no acredita la causa del acrecimiento en su patrimonio porque se ha negado, explícita o implícitamente (no contesta el requerimiento), o ha aportado pruebas insuficientes. Núñez<sup>61</sup> (2008) afirma que dicho tipo penal es de omisión y existe si el funcionario público es requerido por la autoridad competente para justificar la procedencia del incremento patrimonial y éste no prueba, o que el enriquecimiento es inexistente, o que el origen, lícito o ilícito, de este último está desvinculado del desempeño del cargo público o de su calidad de servidor. A criterio de De Luca y López, la conducta incriminada consiste en no justificar el acrecentamiento del patrimonio y, por tanto, el delito bajo examen se perfecciona incluso en el supuesto extremo de un origen lícito del enriquecimiento que el funcionario público se rehúsa a evidenciar (como se cita en Vidales, 2008)

Otra parte de la doctrina estima que el enriquecimiento ilícito es un delito de comisión, es decir, la conducta objeto de sanción penal es una acción positiva realizada por el sujeto activo. Fontán Balestra (2008) asevera que la disposición penal castiga al funcionario público que se enriquece de manera ilícita y la falta de justificación del acrecimiento patrimonial es únicamente una condición de punibilidad del tipo penal. Conforme Vidales (2008), el comportamiento reprimido es uno activo: enriquecerse ilícitamente, ya que considerar al delito sub examine como de omisión significaría la aplicación de una sanción sumamente severa<sup>62</sup> a la infracción de un mero deber de justificación que, aunque merece reproche (por ejemplo, mediante la imposición de sanciones disciplinarias), atentaría al principio constitucional de proporcionalidad. Peña Cabrera (2011) señala que la acción

---

<sup>60</sup> Según Donna (2000), esta es la posición mayormente aceptada en la doctrina argentina: la acción sancionada es la omisión en la justificación de la procedencia del enriquecimiento considerable, producido con posterioridad a la asunción de un cargo público.

<sup>61</sup> Creador del diseño de la figura penal de enriquecimiento ilícito introducida en el Código Penal argentino por la Ley 16.648 en 1964 (Donna, 2000).

<sup>62</sup> La doctrinaria, para ejemplificar su opinión, cita la sanción impuesta por el Código Penal argentino (prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua). En el caso de Ecuador, la norma penal impone también un correctivo severo (pena privativa de libertad en una escala desde tres hasta diez años según el monto del lucro obtenido).

típica es obtener incrementos patrimoniales injustificados, para lo cual es necesario diferenciar entre la situación económica del funcionario público anterior y posterior al proceso de enriquecimiento. A decir de Albán (2011), la conducta tipificada consiste en haberse enriquecido según una forma prohibida por los preceptos legales.

#### **2.2.2.2 LA NOCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO**

Corresponde advertir previamente que, en el sistema capitalista, enriquecerse constituye una pretensión económica legítima de todas las personas mientras, en el proceso desplegado para conseguirla, se respeten los derechos y no se afecten bienes jurídicos que asisten a los demás.

El término enriquecimiento se refiere a un estado o situación económica de acrecimiento real del patrimonio de una persona mediante la incorporación al activo de bienes, dinero o cosas o la disminución del pasivo por la cancelación de deudas o extinción de obligaciones. Cabe recalcar que este enriquecimiento, en la legislación penal ecuatoriana, puede ser obtenido para beneficio propio del sujeto o de terceras personas.

Según Tapia (2012), el enriquecimiento consiste en una acumulación notable de fortuna que debe originarse en una causa permitida por la ley para ser eficaz pues, caso contrario, generará consecuencias civiles y, en determinadas circunstancias, penales y administrativas. Aquel implica también que la persona cuenta con una significativa capacidad económica, esto es, un acervo patrimonial apreciable en consideración de los valores, bienes y activos en general que están a su disposición (Peña Cabrera, 2011). Por tanto, existe un cambio en el estado del peculio de una persona ya que obtiene una ventaja económica o una mejora en el balance patrimonial tras contrastar su activo y pasivo o confrontar los derechos y obligaciones de carácter patrimonial de los cuales aquella es titular.

Este incremento apreciable del patrimonio se establece en función de dos indicadores principales: el primero, circunscrito a un ámbito temporal constituido por la situación ex-ante al proceso de acrecentamiento y el estado ex-post efecto de este último; el segundo,

relacionado con la estimación social promedio de riqueza (es decir, el monto) y la noción de enriquecimiento (Rojas, 2007).

Por la especial alusión efectuada al patrimonio, corresponde definirlo como “el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica” (Cabanellas, 2006). Está compuesto por dos elementos: (a) el activo (bienes muebles e inmuebles, dineros, títulos de crédito, acciones o participaciones en compañías mercantiles, etc.); (b) el pasivo (obligaciones de pago, débitos, etc.). Sobre estos últimos se efectuará la investigación del delito de enriquecimiento ilícito para determinar su comisión y monto.

### **2.2.2.3 NEXO ENTRE EL ENRIQUECIMIENTO Y EL CARGO PÚBLICO**

La atribución de responsabilidad penal exige la existencia de criterios de imputación jurídico-penal que faculten precisar la tipicidad del comportamiento humano.

En aplicación de aquello, el artículo 279 del COIP, tras la descripción de la conducta típica, incorpora la frase “producto de su cargo o función”, lo cual indica que para la configuración del tipo penal de enriquecimiento ilícito se requiere necesariamente que el incremento patrimonial provenga de la actividad del servidor al ejercer su dignidad dentro del sector público.

La Primera Sala de lo Penal de la CNJ ha manifestado que en el delito analizado no es suficiente establecer la existencia de un incremento patrimonial, sino también demostrar que aquel resulta necesariamente del desempeño de la función pública por el servidor, es decir, comprobar el nexo causal que el patrimonio tiene con el cargo ejercido por aquel (Resolución No. 0471-2011-1SP, 2011).

En virtud de aquello, debe ser considerado objeto material del delito comentado únicamente el incremento patrimonial obtenido por medios ilícitos que tenga relación directa con el ejercicio de la función o cargo público. Sobre ello, Rojas (2007) explica que el funcionario abusa de su cuota de poder, esto es, aprovecha su condición especial y utiliza su puesto como un mecanismo para obtener beneficios económicos; lo cual constituye la

vinculación causal necesaria entre el dato objetivo (acrecimiento patrimonial) y la imputación penal al procesado (por el tipo de enriquecimiento ilícito).

Cabe destacar que, en consecuencia, están excluidos del ámbito de regulación del precepto penal aquellos beneficios en el patrimonio del servidor público que procedan de cualquier otra actividad lícita (verbigracia, la docencia, publicación de libros, aceptación de herencias o donaciones, etc.) o ilícita (ya sea relacionada con el cargo, como la apropiación de recursos estatales o recepción de sobornos, o ajena a este, como el blanqueo o lavado de capitales, etc.). Lo manifestado no implica que estos últimos comportamientos (los cuales constituyen, respectivamente, peculado, cohecho y lavado de activos) no sean considerados penalmente relevantes, sino que han de generar responsabilidad penal a título de un delito distinto al enriquecimiento ilícito. (Vidales, 2008)

La expresión del COIP mencionada ut supra también supone que el enriquecimiento puede originarse mediante dos vías: (a) el aprovechamiento del cargo por el funcionario público; (b) el desempeño de las funciones propias de aquel. Respecto a la primera forma, el servidor público obtiene beneficios económicos en razón de su condición especial, por ejemplo, el Director del Registro Civil adquiere una casa a mitad de precio en una subasta judicial por favores de funcionarios del juzgado. Sobre la segunda manera, el burócrata acrece su patrimonio al ejercer abusivamente una de las actividades a él encomendadas por la ley, verbigracia, la Directora del Servicio de Contratación Pública compra un terreno con el dinero recibido de una empresa tras la adjudicación de un contrato en el cual favoreció a aquella.

#### **2.2.2.4. TEMPORALIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO**

Este elemento está relacionado intimamente con el descrito anteriormente. El COIP no determina de forma expresa, a diferencia de otras legislaciones<sup>63</sup>, el momento temporal que se ha de considerar para imputar al procesado la comisión del delito de

---

<sup>63</sup> Por ejemplo, el Código Penal argentino, artículo 268 (2), expresa que el enriquecimiento debe haber ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

enriquecimiento ilícito. Sin embargo, el artículo de dicho cuerpo normativo incluye el enunciado “producto de su cargo o función”, el cual proporciona indicios para limitar temporalmente los acrecentamientos punibles.

El primer momento relevante comprende el inicio de las actividades del servidor público y el cese de las mismas, es decir, cuando aquel ostenta el cargo en virtud de su nombramiento y ejerce sus funciones. Si el funcionario incrementa su patrimonio de forma ilícita durante este período, el acrecimiento es objeto de sanción penal.

Un segundo lapso de tiempo a considerar es el anterior a la posesión del servidor público en el cargo<sup>64</sup>. En este caso, el sujeto no asume aún el ejercicio efectivo de sus funciones pero acrecienta injustificadamente su patrimonio con motivo de la expectativa del empleo y con proyección en el momento futuro que va a desempeñar su puesto. Para la configuración del delito es necesario la existencia de un vínculo (aunque no definitivo) entre la administración pública y el próximo funcionario (Abanto, 2003), así como la prueba de que el enriquecimiento surge como resultado del posterior cargo. Por ejemplo, X, tras ganar un concurso público, recibe beneficios patrimoniales de personas que esperan contraprestaciones cuando aquel asuma el cargo.

El tercer período distinguido es el posterior al cese de funciones del servidor público.<sup>65</sup> Esta situación se presenta cuando el funcionario, tras desvincularse de la actividad pública, recibe donativos que acrecientan ilícitamente su peculio en razón de actos efectuados mientras ejerció sus funciones. Estos últimos deben ser demostrados para que el delito se configure. Verbigracia, X es contratado con un alto salario por la empresa privada que benefició mientras desempeñaba su cargo público.

---

<sup>64</sup> La posibilidad de sancionar el enriquecimiento originado en esta situación ha sido objeto de críticas en la doctrina penal. Fontán Balestra (2008), Donna (2000) y Creus (1998) coinciden en que el enriquecimiento punible es exclusivamente aquel producido posteriormente a la asunción del cargo público. Peña Cabrera (2011) afirma que en este caso no se perfecciona el delito porque está ausente el nexo entre la actividad del funcionario público y el incremento patrimonial.

<sup>65</sup> También la punibilidad de este acrecimiento ha sido criticada. Una de las razones es que ya no existe relación entre la persona y la administración pública pues aquella ha dejado de ser funcionaria; además, el sujeto ya no tiene obligación de declarar su patrimonio, lo cual dificulta la prueba del enriquecimiento (Abanto, 2003). Otro motivo es que el delito no se ha producido en el ejercicio de las funciones del servidor público (Vidales, 2008).

En relación al delito tipificado por el COIP, la palabra “producto” se refiere a que el incremento surga como consecuencia del cargo o función, lo cual, según lo expuesto, parece incluir los tres momentos indicados, aunque estos dos últimos sean controvertidos. Para contrarrestar estas dificultades, es preciso que los máximos órganos jurisdiccionales se pronuncien sobre el asunto.

#### **2.2.2.5 DETERMINACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO**

El principal método para investigar la comisión del delito de enriquecimiento ilícito es la comparación entre los elementos probatorios que demuestran la situación económica del servidor público anterior y posterior al proceso de incremento patrimonial resultante del cargo ejercido. La finalidad de este procedimiento es determinar la existencia y monto del acrecentamiento patrimonial injustificado.

Existen diversas herramientas que permiten aplicar el proceso indicado y cumplir el objetivo señalado. La más común es la declaración patrimonial juramentada que, según la ley, el funcionario debe presentar para justificar su patrimonio antes, durante o al finalizar su actividad en el sector público. Otro instrumento relevante es la declaración de impuesto a la renta. (Abanto, 2003)

Los informes contables y pericias financieras también son útiles para probar, en primer lugar, la asimetría o desproporción entre la masa de bienes y valores que el funcionario público detentó antes y después de ejercer sus funciones y, en segundo término, la falta de correspondencia del promedio de productividad del servidor y su aptitud financiera con la riqueza patrimonial obtenida y constatada (Rojas, 2007).

En la normativa ecuatoriana, la Constitución de la República, artículo 231, obliga a los servidores públicos a presentar declaraciones patrimoniales juradas al iniciar y finalizar su gestión. Asimismo, la Ley para la Presentación y Control de las Declaraciones Patrimoniales Juradas establece, principalmente, que dichas informaciones deben ser expuestas por los funcionarios, a más de lo señalado por la disposición constitucional, cada dos años (artículo 3); las cuales han de incluir datos completos sobre los activos y pasivos del declarante, de los correspondientes a la sociedad conyugal o unión de hecho, de los hijos menores de

edad, tanto en el territorio nacional como en el extranjero (artículo 9); y que han de ser registradas en línea para el respectivo examen de la Contraloría General del Estado (artículo 13).

#### **2.2.2.6 SUJETO ACTIVO**

El sujeto activo (persona que ejecuta la acción u omisión penalmente relevante) en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, según el COIP, es cualificado: el servidor público o la persona que actúe en virtud de una potestad estatal en cualquiera de las instituciones del Estado. Doctrinariamente se designa a este como un delito especial propio pues únicamente puede ser cometido por un empleado público en el decurso del ejercicio de sus funciones (Peña Cabrera, 2011).

El concepto de funcionario público, relevante para el delito bajo examen, exige el cumplimiento de dos requisitos: uno subjetivo, la existencia de un título o cualidad jurídica que vincule al servidor con la Administración Pública; otro objetivo, la participación efectiva de la persona en la función pública (Vidales, 2008).

En relación a los servidores públicos, la Constitución ecuatoriana prescribe que aquellos son los individuos que ejercen un cargo, función o dignidad en el sector público, el cual, de conformidad al artículo 225 del mismo cuerpo normativo, está compuesto por:

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.

Según el COIP, el funcionario público puede actuar por sí o por una persona interpuesta. Esta última se refiere a quien interviene como “personero del agente para disimular su enriquecimiento” (Creus, 1998, pág. 315). Según Donna (2000), para quienes estiman que la acción típica es enriquecerse ilícitamente, la persona interpuesta ha de ser considerada partícipe del delito<sup>66</sup>; mientras para aquellos que asumen que la conducta sancionada consiste en omitir la justificación del acrecimiento patrimonial, quien actúa como personero del funcionario ha de ser considerado responsable de una actividad delictual independiente, aunque relacionada con la mencionada anteriormente.

#### **2.2.2.7 SUJETO PASIVO**

El sujeto pasivo del delito sub examine es el Estado, como titular del bien jurídico tutelado por la norma penal, ya que el servidor público es su representante y, si este incurre en la conducta delictiva, la entidad pública a la cual pertenece padece el menoscabo.

A criterio de Vidales (2008), al ser el un delito de titularidad colectiva, el sujeto pasivo del tipo penal de enriquecimiento ilícito está constituido por todos los ciudadanos pues ellos están interesados en el correcto funcionamiento de la Administración Pública y, asimismo, les afecta la inadecuada marcha de esta.

#### **2.2.3 TIPO SUBJETIVO**

El delito comentado es de carácter doloso, esto es, supone la voluntad del sujeto activo de incrementar injustificadamente su patrimonio y el conocimiento de aquel sobre los elementos que conforman la tipicidad objetiva del ilícito. Por tanto, el funcionario público obra con dolo directo, es decir, sabe que se está enriqueciendo a costa del cargo que ejerce (Abanto, 2003).

---

<sup>66</sup> Conforme a la legislación penal ecuatoriana, aquella sería cómplice del delito de enriquecimiento ilícito.

## 2.3 ANÁLISIS CRÍTICO

Los antecedentes constitucionales-legales que fundaron la creación del delito de enriquecimiento ilícito, encuentran sus cimientos en un problema político-criminal específico en el país y en América Latina<sup>67</sup>: corrupción. La multiplicidad de situaciones donde los servidores y funcionarios públicos ostentaban un aumento desproporcionado e injustificado de su riqueza en el ejercicio de su cargo, producto de un hecho ilícito, junto a la dificultad de determinar y probar judicialmente dicho hecho, motivaron, como solución, la construcción de un tipo penal que presume la criminalidad o ilicitud del incremento patrimonial que no fuere justificado por los mencionados sujetos.

Al respecto, el legislador al elaborar y establecer en la ley penal un determinado delito debe respetar ciertos derechos y garantías básicas propias de un sistema penal constitucional de un Estado de Derecho. El debido proceso no sólo constituye una de ellas sino una de las más esenciales en esta materia. El Estado, en el ejercicio de su poder punitivo, puede lesionar o restringir ciertos derechos fundamentales como la libertad. Por ello, en los procesos penales, especialmente, debe garantizar y partir de ciertos principios o presupuestos irrenunciables que protegen dichos derechos constitucionales; entonces, el Derecho dentro de este campo debe tanto regular como limitar el ejercicio del poder estatal. El artículo 1 del COIP establece: “Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, *establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con **estricta observancia del debido proceso...***”<sup>68</sup>.

El debido proceso según la Constitución de la República del Ecuador es un derecho de protección que incluye varias garantías básicas en todo proceso que determine derechos y obligaciones de las personas. En el actual estudio, Según Silvana Tapia éstas garantías

---

<sup>67</sup> En la década de 1930, las primeras propuestas para tipificar este delito tuvieron lugar en Argentina (En 1964 se concretaron). Por otro lado, Colombia logró incorporarlo en 1980 y Perú en 1981. En 1996, julio y diciembre de 2003 se aprobaron, respectivamente, la Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que establecieron la necesidad de incorporarlo como tipo penal. En este sentido, la regulación de la Convención Interamericana, impulsada por Argentina y apoyada por varios países, fue la que tuvo mayor influencia. Como se evidencia, a nivel nacional e internacional, toda la normativa respecto al enriquecimiento ilícito encuentra su punto de origen en el fenómeno político-social de la corrupción.

<sup>68</sup> Negrita y subrayado me corresponde.

“tienden a proteger a un individuo sometido a un proceso penal, con el objeto de asegurarle la racionalidad y coherencia de la administración de justicia” donde “la privación de la libertad procederá solamente en los casos excepcionales en que se establezca tanto la responsabilidad penal cuanto la necesidad de imponer la sanción” (Tapia, 2012, pág. 65). El artículo 76 de la Carta Magna plasma este derecho, el cual comprende varios mecanismos de protección que corresponden a las personas procesadas: presunción de inocencia, principio de legalidad, principio de favorabilidad, derecho a la defensa, entre otros. El debido proceso esta instituido para amparar a toda persona frente a los posibles abusos y desvíos de poder de autoridades de la administración pública. Es una garantía para la libertad individual y seguridad jurídica.

Respecto al derecho a la defensa, la Constitución del 2008 lo reconoce también en el artículo 77. Dicha disposición establece garantías básicas específicas que rigen en todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona. En su numeral 7 señala que dicho derecho incluye: principio de no autoincriminación, derecho de acogerse al silencio y a ser informada sobre las acciones y procedimientos instaurados en su contra.

En concordancia con la *Norma Normarum*, el COIP establece en el Capítulo Segundo, las garantías y principios rectores del proceso penal. En el artículo 5, señala los principios procesales que rigen “el derecho al debido proceso penal” que, en correspondencia con las disposiciones constitucionales, reconoce la legalidad, favorabilidad, duda a favor del reo, inocencia, prohibición de autoincriminación, etc.

La materialización del debido proceso es fundamental para que, al cumplir todas las normas y derechos de las partes<sup>69</sup>, un proceso penal derive en la adopción de una sentencia constitucional y legal por parte del juez, sin conculcar garantías y principios del procesado. Además, implica tramitar una causa no solo para preservar los derechos determinados en

---

<sup>69</sup> Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

la Constitución sino, además, los reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos<sup>70</sup>.

De lo dicho, se desprende la importancia de efectuar un análisis del delito de enriquecimiento ilícito ya que según el derecho comparado y la doctrina es una figura delictiva que comporta riesgo de vulnerar derechos, garantías y principios fundamentales. De acuerdo a la actual estructura típica del delito bajo estudio se verificará si guarda armonía con las disposiciones constitucionales. El análisis en el siguiente apartado tiene como ejes los principios de inocencia, legalidad, nemo tenetur, culpabilidad.

### **2.3.1 EL PRINCIPIO DE INOCENCIA**

El autor Zavala Baquerizo, en su obra “El Debido Proceso Penal” señala que, contrario a lo establecido en muchos ordenamiento jurídicos del mundo, este principio no consiste en una presunción sino en un bien jurídico que pertenece al ser humano desde que nace hasta su extinción. Entonces, comporta una “situación jurídica de inocencia”, esto es, se asume como realidad que toda persona es inocente, no presuntivamente inocente y debe ser tratada como tal cuando es sometida a un proceso penal (Tapia, 2012, pág. 75). Por tanto, este principio exige de los juzgadores no prejuzgar, carecer de una idea anticipada en que el procesado ha cometido una infracción. Al respecto, la Constitución establece:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

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.

Como garantía básica del derecho al debido proceso, si bien la disposición constitucional la concibe como presunción, implica que solo a través de pruebas idóneas y suficientes que

---

<sup>70</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos art. 11, numerales 1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos 8.2 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.2, por citar algunos ejemplos.

demuestren la responsabilidad de la persona sometida a juicio y el juez, convencido de tal<sup>71</sup>, dicte una “resolución firme o sentencia ejecutoriada” que establezca la culpabilidad de la misma, la situación jurídica de inocencia se desvirtúa. En concordancia, el COIP prescribe:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

4. Inocencia: ***toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia*** y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.<sup>72</sup>

Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito dispuesto tanto en la Constitución como en la ley penal parte de lo opuesto: inicia de una presunción de la culpabilidad ya sea por la falta de declaración patrimonial juramentada o el incremento anormal y no justificado de la riqueza de un funcionario público. En este sentido, respecto al deber de los servidores públicos de presentar declaración jurada de su patrimonio, el artículo 231, inciso segundo, de la Carta Magna afirma:

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.**<sup>73</sup>

Contrario a lo que ocurre en otros tipos penales contra la administración pública, donde el indicio de haber cometido la infracción es motivo para proceder a la investigación, en el enriquecimiento ilícito supone la configuración del delito y, ello conlleva a que el procesado deba probar el no cometimiento de la actividad delictiva. En este sentido, Héctor Hernández

---

<sup>71</sup> Tiene directa relación con el principio “duda a favor del reo, según el cual,” la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable” (art. 5, núm. 3 del COIP).

<sup>72</sup> Negrita y subrayado me corresponde.

<sup>73</sup> Negrita y subrayado me corresponde.

manifiesta que la concepción del enriquecimiento ilícito encierra en sí mismo “la sospecha de que un enriquecimiento que no puede explicarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe provenir de una actividad delictiva” y “se expresa en la sospecha de actos de corrupción administrativa” (Herández, 2006, pág. 194). Las dificultades probatorias de demostrar la conducta típica que se oculta tras el aumento patrimonial es empleado para respaldar un atajo: si el Estado confirma su sospecha (un enriquecimiento injustificado), el procesado deberá demostrar su inocencia (Herández, 2006). En resumen, este delito presume la criminalidad del servidor público lo que genera la inversión de la carga de la prueba y la consiguiente vulneración del principio de inocencia.

Sin embargo, existen varios argumentos contra esta afirmación. Montoya sostiene que “no nos encontramos frente a una inversión de la carga de la prueba, sino frente a una distribución de la carga de la prueba” (Montoya, 2012, pág. 58). Así, el fiscal posee una obligación: comprobar la situación de enriquecimiento ilícito. Este se efectúa demostrando el acrecentamiento patrimonial desproporcionado y que solo una parte del mismo está fundamentado en fuentes legales. Aquello que no está comprendido dentro de estas fuentes comporta un indicio de origen indebido, presunción que se basa por el estatus que ostenta el funcionario como resultado de los deberes que asume al ejercer el mismo. (Montoya, 2012) Esta condición especial a que refiere el autor es argüido con mucha frecuencia que, si bien los funcionarios tienen deberes inherentes a sus cargos, esto no puede significar que se restrinjan garantías básicas del debido proceso que pertenecen a toda persona.

En esta misma línea, contra la violación del principio de inocencia y a favor de la constitucionalidad de esta figura encontramos a la Corte Constitucional de Colombia. En el salvamento de voto de la sentencia C-319-96<sup>74</sup>, señaló que el enriquecimiento ilícito

---

<sup>74</sup> Se presenta una demanda de inconstitucionalidad de los artículos 148 del Código Penal colombiano y artículo 1o. del decreto 1895 de 1989 sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. La sentencia lo declaró exequible. El artículo consultado del Código Penal fue el siguiente: “Artículo 148. El empleado oficial por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal. En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.”

establecido en su ordenamiento jurídico penal no presupone una violación del principio inocencia pues “no es el empleado oficial el que debe entrar a demostrar el carácter justificado de su ingreso patrimonial, sino que es el Estado el que debe demostrar la condición de no justificado de tal ingreso” (Corte Constitucional de Colombia, 1996, pág. 48). Tal como se establecía la norma bajo consulta, en este sentido, la Corte afirmó que, cuando el Estado acredita la diferencia patrimonial del funcionario y su no justificación, “opera en la práctica una incorporación de la antijuridicidad del tipo, dentro de la tipicidad del mismo, de tal manera que la ilicitud del comportamiento se traduce en la no justificación”. Entonces el existe la obligación de demostrar con los hechos (incremento real del activo del servidor público injustificado) la conducta (obtención del enriquecimiento ilícito de forma dolosa), los cuales deben estar vinculados además al ejercicio del cargo. (Corte Constitucional de Colombia, 1996, pág. 48)

Estas aseveraciones traen consigo varias observaciones que pueden ser extrapoladas al caso ecuatoriano. En primer lugar, si el Estado es quien debe corroborar “la condición de no justificado” del enriquecimiento ¿Cómo prueba dicha condición? Para el efecto, es posible reconstruir, rehacer como elemento probatorio el patrimonio del servidor público para verificar las respectivas incoherencias, diferencias entre el activo y pasivo, el aumento de sus ingresos, etc. La investigación de este aspecto arrojará entonces una prueba: el incremento o no del conjunto de bienes del funcionario (en cierta proporción). Esto es real y verificable. Pero el aspecto de no justificado no requiere más. Es eso, un incremento de la riqueza injustificado, esto es, que no exista una explicación respecto a aquellas actividades, hechos que generaron un mayor ingreso<sup>75</sup>. En este sentido, si son injustificados pues no se conoce de donde provienen, ¿cómo prueba el Estado que está vinculados al ejercicio del cargo? Si este llega a comprobar que fue, por ejemplo, producto de la apropiación de dineros públicos que estén en poder en virtud de su cargo ¿No cabría iniciar un proceso por

---

<sup>75</sup> El COIP establece que se “...que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función superior a...”. Esto es un aumento del conjunto de bienes INJUSTIFICADO del funcionario dentro de ciertas cantidades. En este sentido, no todo enriquecimiento injustificado puede ser ilícito. Por ejemplo, un funcionario público que reciba dinero de su amante y lo mantiene oculto para que no se entere su esposa. Ejemplo tomado de Donna (Derecho Penal. Parte Especial, 2000).

peculado y no por enriquecimiento ilícito? Por otro lado, ¿por qué se sanciona tal situación si no se tiene certeza respecto al origen del enriquecimiento, pudiendo ser legal o no? Pues porque se parte de la presunción de ilicitud del mismo, es decir, que las actividades que lo generaron son *contra legem*.

De la acreditación del acrecentamiento patrimonial injustificado y su vinculación al cargo, entonces, queda adecuada la conducta al tipo, a menos que el procesado esclarezca tal situación. Esto origina una segunda observación. La Corte Constitucional colombiana señala que “la ilicitud del comportamiento se basa en la no justificación”. Ello comporta un deber por parte del funcionario público de explicar, demostrar, especificar el motivo del aumento de su activo y la consecuente inversión de la *onus probandi*. Dicha manifestación implica que el tipo penal contiene además de la conducta de hacer (obtener) una de no hacer, esto es, se imputa también una omisión. Entonces, al partir de la presunción de ilicitud, si el supuesto infractor o procesado no explica o informa sobre el origen de su enriquecimiento, contribuye a configurar el delito. En otras palabras, según esta interpretación, si la ilicitud de la conducta se basa en la no justificación, cuando el funcionario público no compruebe o informe sobre el mismo, será culpable. Entonces, no solo invierte la carga de la prueba sino que impone una obligación de declarar o informar (lo cual puede ser incluso en su perjuicio). En este punto es que la conculcación a la presunción de inocencia converge con la vulneración del principio *nemo tenetur* y derecho a acogerse al silencio, que será analizado con más profundidad adelante.

En este sentido, Sebastián Soler buscó resolver los vicios del tipo en la legislación penal argentina, mediante la transformación de la acción presumida como “enriquecerse”, en una figura delictiva de omisión de “no justificar”. Determinada de tal forma el delito de enriquecimiento ilícito se traduce en “tu delinques si no demuestras que eres inocente”<sup>76</sup> (Sancinetti, 1995, pág. 291). No es posible, para pretender superar los problemas con los

---

<sup>76</sup> El artículo de enriquecimiento ilícito analizado por el autor Marcelo Sancinetti de entonces, establecía que: “art. 268 (2).- Será reprimido (...) 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. (...)”

principios procesales constitucionales inherentes al delito analizado, establecer en un tipo penal en donde la conducta típica constituya no evidenciar que la procedencia del aumento del conjunto bienes de una persona es lícita.

A pesar de defender la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, Sebastián Soler admitió la debilidad del mismo. Debido al problema en la práctica de comprobar los hechos concretos de las infracciones contra la administración pública, sostuvo que lo más diligente sería crear una figura sustentada en la presunción delictuosa del enriquecimiento a pesar que, respecto a principios y garantías, “esa fundamentación no es simpática en derecho penal, pero toda vez que es innegable la existencia de esa dificultad, parece prudente ver si sobre la base de otros principios menos dudosos es posible alcanzar un resultado prácticamente satisfactorio” (Sancinetti, 1995, pág. 297) . En otras palabras, si desde la perspectiva práctica lo complejo es probar los hechos concretos, la inversión de la prueba se convierte en el mecanismo para comprobar aquellos (la concusión, el peculado, cohecho, etc.).

En materia penal, dentro del sistema acusatorio, la carga de la prueba compete al acusador. Por medio de los elementos probatorios que éste aporte es que el estatus jurídico de inocencia será desvirtuado mediante la sentencia condenatoria que establezca su responsabilidad. En este sentido, “en el proceso penal no se investiga la inocencia sino la culpabilidad” (Tapia, 2012, pág. 76). Es decir, el fiscal busca, reúne elementos de cargo y descargo, prueba destinada a descubrir si una persona es culpable o no, más no a establecer si es inocente, menos aún que esta última quede en manos del acusado o procesado.

Es vital tener en cuenta que, en un proceso penal, el procesado está en condición de desventaja ante la amenaza punitiva del Estado. La inversión de la carga de la prueba en estos términos supone desfavorecerlo aún más. Por ello, el respeto al principio de *onus probandi* es trascendental en el garantismo penal, donde sin prueba es nula la acusación. El que esta última sea debidamente demostrada asegura que un juicio penal sea un proceso de conocimiento, no sustentado en valoraciones, sino en comprobación de hechos (Tapia, 2012). El sistema penal que reconoce tanto la Constitución y el COIP suponen que un sujeto

no puede ser sentenciado sin prueba plena que corrobore la existencia de la infracción y responsabilidad penal de la persona que está bajo acusación. Debe producir un convencimiento, cierta certeza en los órganos encargados de administrar justicia de que la conducta cometida por un individuo es delito y que éste lo realizó por parte del acusador. La decisión del juez no puede basarse en una incertidumbre.

En este sentido, el Tribunal Constitucional portugués expuso que la misma definición de la figura de enriquecimiento ilícito “se encuentra estructuralmente configurada de tal forma que la no demostración de la licitud de la fuente de ingresos del sujeto da lugar a la comprobación del delito; en este sentido, la duda conduciría indefectiblemente a la condena del acusado” (Tribunal Constitucional de Portugal, 2012 ).

En suma, de los argumentos expuestos se puede colegir que el art. 279 del COIP vulnera la presunción de inocencia fruto de dos aspectos: parte de la presunción de culpabilidad del procesado e invierte la carga de la prueba. Es inherente a la figura delictiva (forma como ha sido concebida y en su definición misma en la doctrina) el de suponer que detrás del inexplicable aumento de la riqueza de un funcionario público existen actos ilegales que lo produjeron. Una vez acreditada esta por el fiscal (y que sea producto del cargo), al funcionario le queda una única opción: deberá demostrar la fuente lícita de la misma. Además, todo esto encuentra apoyo en la Constitución en el artículo 231 al hacer presumir el enriquecimiento ilícito por la falta de declaración patrimonial juramentada.

### **2.3.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Este principio refiere la máxima no hay ley, ni pena sin ley previa (nullum crimen sine lege sine). En materia penal, ley es la que determina las conductas a ser consideradas penalmente relevantes, esto es, comportamiento que por lesionar bienes jurídicos o ponerlos en riesgo requieren de una sanción punitiva del Estado. Por ello se habla de “reserva de ley penal” y está relacionado con la seguridad jurídica. El principio de legalidad proscribire los tipos penales abiertos, ya que supone que los actos u omisiones consideradas

como infracción penal deben estar descritas con precisión, esto es, de forma taxativa<sup>77</sup>. (Tapia, 2012) El legislador debe determinar, especificar de la forma más clara y exacta los comportamientos prohibidos y penados para que los ciudadanos se abstengan de realizar la misma. El artículo 76, numeral 3 de la Constitución dispone:

Art. 76.- (...)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.

En concordancia, el COIP expresa en el artículo 5, numeral uno sobre la legalidad: “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.”

Según Sancinetti, el principal cuestionamiento alrededor del principio de legalidad, es que el desconocimiento del hecho concreto ilícito (acción u omisión) imputado al funcionario público (1995). En la figura típica bajo análisis, no existe una atribución al acusado de un delito definido pues no implica una conducta en sí mismo. “Enriquecimiento” no es un comportamiento, sino una estado o situación de la persona producto de la comparación entre un momento y otro; el incremento patrimonial puede ocurrir sin conducta (Sancinetti, 1995). Puede argüirse que, en nuestro caso, el tipo penal describe el verbo “obtener”, que configuraría la acción. No obstante, lo obtención de algo inmediatamente nos lleva a la pregunta ¿Qué obtuvo? En este caso, un enriquecimiento del conjunto de sus bienes, pero ¿Cómo determino aquel acrecentamiento? Se realiza mediante la comparación entre el estado económico previo y el actual que consiguió. Entonces, no hablamos de la conducta de “obtener” como tal, sino de que logró, alcanzó llegar a otra situación en la que precedentemente no se encontraba. Más aún si nos preguntamos ¿cómo lo obtuvo?

---

<sup>77</sup> El tipo como descripción específica de una conducta prohibida, supone una tripe función: función seleccionadora, función de garantía y función motivadora general. Las dos primeras funciones dicen relación con el principio de legalidad, pues de entre un grupo de comportamientos establece las conductas humanas que serían penalmente relevantes (función de selección) y la sanción penal es aplicada solo a los comportamientos que se adecúan al tipo (función de garantía).

Cuestión que queda sin respuesta; solo se conoce que obtuvo un aumento de su riqueza pero no su germen, el cual se supondrá que es ilícito.

De la afirmación precedente se colige el capital defecto y contradicción con el principio de legalidad. Lo fundamental es que la presunción de criminalidad de la que se parte en el enriquecimiento ilícito “no consiste en vincular de modo más o menos razonable ciertos hechos con la responsabilidad del acusado por un determinado delito” (Herández, 2006, pág. 200) por ejemplo, de la conjetura ilícita de contacto entre un funcionario con un mayor patrimonio y un particular fiscalizado se busque determinar cohecho. Es una simple sospecha, presunción, conjetura genérica de que cometió cualquier hecho típico. En este punto se funde los problemas de vulneración del principio de inocencia con el de legalidad.

Mediante la comparación con otros tipos penales, varios a favor de la legitimidad del delito en análisis, buscaron establecer una analogía que permitiera justificar la sospecha delictiva del incremento patrimonial. Por ejemplo, recurrir al símil entre este y la situación de los delitos flagrantes. Soler afirma que en este caso “los hechos acusan” y el que debe explicar para librarse de la evidencia que se deslinda de aquella prueba, es el acusado o procesado (Sancinetti, 1995). Al respecto, Sancinetti señala que “pueden existir circunstancias de hecho que generen sobre un sujeto la sospecha de ser autor de un hecho punible”, esto es, “cuando esas circunstancias son graves y nada hay que desvirtúe la sospecha, es legítimo inferir que el hecho delictivo y la autoría están probados” (Sancinetti, 1995, pág. 298), entonces, la inactividad del presunto infractor en un proceso instaurado contra él, le perjudicará. Empero, está presente una diferencia sustancial. En el delito flagrante, verbigracia, de un asesinato, existe sobre la base de la imputación una conducta concreta (matar) de que se acusa. En el enriquecimiento ilícito el hecho, ya sea acción u omisión, no se define; ocurre una simplificación: ante la falta de demostración por parte del servidor público de la procedencia legal del incremento patrimonial entonces el mismo tiene su causa en una actividad delictiva no específica.

El principio de legalidad quedaría vulnerado. La obtención de un enriquecimiento no justificado del patrimonio implica la suposición que proviene de conductas ilícitas penales,

pero no se concretan cuáles son los actos u omisiones típicos que se atribuyen. En otras palabras, existe “la total indeterminación de aquello que se presume” (Herández, 2006, pág. 201) . Eso trae consigo al abandono del Derecho Penal de acto por uno de autor, ya que no se sanciona en virtud de un comportamiento específico, sino la sospecha de que alguien cometió una infracción, que es delincuente<sup>78</sup>. Finalmente, en el caso que se determine el acto ilícito por el que, el sujeto que actúa en virtud de una potestad estatal, se enriqueció ¿no supondría que se acuse por aquél acto ilícito y no por enriquecimiento ilícito? En este caso, la concreción del hecho delictuoso ¿no supondría la desnaturalización y consiguiente obsolescencia del enriquecimiento ilícito si la misma se concibió como solución para penar, a partir de una presunción de criminalidad, los delitos contra la administración pública que no son sancionados por la insuficiencia y dificultad probatoria?

### **2.3.3 EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN**

Sancinetti señala que el principio de no autoincriminación o nemo tenetur comprende dos aspectos: ningún sujeto está obligado a dar armas a su adversario contra sí mismo (nemo tenetur armare adversarium contra se) y, de manera más específica, persona alguna está obligado a traicionarse, ni denunciarse, ni incriminarse en una declaración, sea como inculpado o como testigo (Nemo tenetur se ipsum prodere). (Sancinetti, 1995, pág. 291). Por otro lado, en palabras de Montoya lo que procura resguardar este principio es que, en caso del silencio o negativa del acusado a admitir los hechos delictuosos, ello no implique un perjuicio contra el sujeto ni sea indicio de nada (Montoya, 2012, pág. 60). La Constitución de la República, al respecto, establece:

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

(...)b) Acogerse al silencio.

c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

---

<sup>78</sup> Al respecto se contraría el art. 22 del COIP, en el cual establece que “...No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales...”

Entonces, el principio *nemo tenetur* en la *Norma Normarum*, es parte del derecho a la defensa. Comprende la imposibilidad de constreñir a una persona a declarar contra sí misma. Además, se relaciona con el derecho a guardar silencio ya que, no manifestar palabra alguna respecto a un ilícito penal no significa aceptación implícita de responsabilidad, por lo tanto de autoincriminación. Asimismo, el COIP lo establece en el artículo 5, numeral 8: “Prohibición de autoincriminación: ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.”

Como consecuencia de la inversión de la carga probatoria deriva en la afectación del derecho a no autoincriminarse. Si retomamos lo afirmado *ut supra*, donde el Estado demuestra el acrecentamiento patrimonial dentro de ciertas proporciones y su falta de justificación, el funcionario público acusado queda inmerso en la estructura del tipo, excepto si éste acredita la razón del enriquecimiento. En el caso que el presunto infractor, por cualquier motivo, quiera acogerse al silencio será sancionado por no aportar con pruebas que demuestren su inocencia (el origen lícito del aumento en su activo) y basado en una presunción (no certeza) de la procedencia *contra legem* de su ganancia en sus ingresos. Por otro lado, si efectivamente deriva de un ilícito, impone confesar el delito bajo el riesgo de ser sancionado. Dichos escenarios se deslindan de los problemas que el tipo penal, en general, tiene en sí mismo cuya solución la doctrina no encuentra: ¿es un delito de comisión u omisión? ¿Cómo sería mejor establecerlo?

Si el tipo es de comisión, a saber, implica una acción, la conducta delictiva sería el enriquecimiento u obtener un incremento patrimonial inexplicable en virtud de una potestad estatal. Entonces, guardar silencio supondría declararse culpable ya que no justifica la ganancia. En cambio, cuando constituye un delito de omisión, no justificar o manifestarse respecto al fundamento del aumento económico equivale a cometer el comportamiento típico.

En cuanto delito de comisión, hay interpretaciones establecidas alrededor que son aplicables al Ecuador. La del voto salvado de la sentencia C-319-96, de la Corte

Constitucional de Colombia y el fallo de la sala I, de la Cámara de Casación Nacional Causa N° 2697 del 2000, esta último citado por Donna (2000). Inician porque la conducta del ilícito penal es de acción. Igualmente, en ambos casos existe como argumento que los funcionarios públicos tienen ciertos deberes específicos de su cargo, función (por ejemplo, deber de transparencia, probidad). Es decir, se encuentran en una situación de continua exigibilidad estatal. A partir de ella, justifican restricciones a garantías y derechos fundamentales. Así, una vez que el fiscal prueba el enriquecimiento, se recurre a las causas de justificación para establecer que la justificación demandada por el tipo penal supone una oportunidad de defensa de la persona acusada. Entonces el sujeto que actúe en virtud de una potestad estatal que no quiera justificar el mismo, se debe a que oculta un hecho ilegal o es falto de juicio, tampoco podría invocar el derecho fundamental a acogerse al silencio pues la explicación requerida se encuentra dentro de la tipicidad del mismo, “de tal manera que la ilicitud del comportamiento se traduce en la no justificación” (Corte Constitucional de Colombia, 1996, pág. 48). Cabría entonces aquellos argumentos que sostienen que no se obliga al procesado a declarar contra sí, sino a su favor (Hernández, 2006).

De lo establecido puede realizarse dos puntualizaciones según lo señalado en los fallos citados. En primer lugar, existen garantías y derechos fundamentales que serían renunciables ante el Estado y el desempeño de un cargo público. Segundo, la moral y el Derecho se confunden al establecer como cimiento ciertos deberes de probidad, claridad, pulcritud en los funcionarios que deben fungir en la administración pública (esto para combatir la corrupción). En palabras de Donna, los motivos por los que un sujeto se resista a expresar son reservados, inmiscuyen al ámbito privado de la persona lo cual no debe producir sanción, pues “no sabemos si es más grave, por ejemplo, que enriquecerse, el tener una amante a la que le dé todos los meses dinero para vivir mejor; pero esto al Derecho no debe interesarle. La presunción de inocencia cede ante criterios de prevención” (2000, pág. 392).

Por otro lado, como afirma Hernández, “no es posible aceptar un status jurídico disminuido de los funcionarios” sustentada en la idea de que están sujetos a deberes especiales de probidad, de cuidado de bienes del Estado, transparencia, etc., “de ningún modo permiten

privarlos de garantías fundamentales, mucho menos en materia penal” pues “lo que se está planteando en este contexto es una renuncia anticipada y genérica” de derechos por ingresar al servicio público. (Herández, 2006, pág. 206) No es constitucional, ni legal el obligar a renunciar a la garantía nemo tenetur ni establecer de ninguna forma el declarar como un deber bajo amenaza penal.

En cambio, si el tipo penal consistiese en uno de omisión, el hecho punible es no informar sobre ciertos actos previos del procesado, esto es, no justificar. Comporta la idea que, la abstención de reportar mis actividades precedentes que produjeron el enriquecimiento, constituye una infracción penal. Entonces, debido a que la figura implica “falta de justificación”, sería penalmente relevante sólo el deber de informar sobre aquellos actos anteriores, independientemente del contenido del mismo. Es decir, solo con declarar, dar cuenta de mis conductas prioras, sean legales o no, bastará para actuar conforme a derecho. Desde otro punto de vista, si se interpreta que la exigencia de acreditar mi comportamiento conlleva a sanción penal dependiendo si los actos antecedentes que informé estén prohibidos o no, “ya no se trata de un delito de omisión, sino de demostrar la inocencia respecto de un delito presumido por la ley, sin determinar siquiera el hecho concretamente presumido” (Sancinetti, 1995, pág. 303). Con ello se regresa a lo afirmado en párrafos precedentes.

En pocas palabras, las incompatibilidades del delito de enriquecimiento ilícito con el principio nemo tenetur surgen, especialmente, cuando el servidor, funcionario o sujeto que actúe en virtud de una potestad estatal decide ejercer su derecho al silencio sobre el origen del enriquecimiento durante el proceso penal. No obstante este derecho, no es absoluto. La denegación a declarar puede implicar conclusiones negativas por parte del juez si la parte acusatoria ha contribuido con elementos probatorios suficientes contra el acusado o procesado. Si la condena se sustenta exclusivamente en el silencio, entonces el derecho resulta vulnerado. Este es resguardado cuando el fiscal presenta pruebas adicionales que clarifiquen “que el origen de los bienes es ilícito o, al menos, que es descartable que tengan una procedencia lícita. No es suficiente como prueba incriminatoria la sola existencia de un incremento patrimonial no justificado.” (Blanco, 2013, pág. 13)

### 2.3.4 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

De acuerdo al artículo 34 del COIP, para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Esto implica la culpabilidad cuya acreditación, según Silvana Tapia, constituye en el cimiento esencial para la imposición de la sanción al acusado. (2012) La culpabilidad es reprochabilidad; se debe imponer una pena a la persona que merezca un reproche por la infracción penal y en la proporción de la misma.

Respecto al principio de inocencia, ut supra fue mencionado que el estatus jurídico de inocente puede ser destruido solo a través de pruebas aptas para demostrar la responsabilidad de la persona sometida a juicio y el juez, convencido de la existencia de la infracción penal y de que el procesado fue el autor<sup>79</sup>, dicte una resolución firme que establezca la culpabilidad del presunto infractor. En suma, el proceso penal investiga la culpabilidad, no la inocencia. En razón de ello, el principio de culpabilidad es vulnerado. El delito de enriquecimiento ilícito no se ajusta a un tipo de acto sino de autor, pues se sustenta en la suposición de que un sujeto pudo haber cometido un ilícito. En este sentido, los delitos de sospecha son incongruentes con los principios constitucionales. (Tapia, 2012)

Del análisis efectuado cabe expresar que el delito de enriquecimiento ilícito trae consigo serias dificultades frente a las garantías básicas del debido proceso. En primer lugar, la génesis del tipo penal, del porqué fue concebido y cómo se creó, se sustentan en un vicio original. La idea es que ante la dificultad probatoria de ciertos hechos delictuosos (concusión, peculado, cohecho, etc.), el mecanismo ideal es invertir la prueba contra el acusado presumiendo su criminalidad para solventar dicho conflicto. Entonces, la construcción del enriquecimiento y para qué se efectuó hacen pensar que los problemas constitucionales que presentan son inherentes a su naturaleza.

Partiendo de ello, el enriquecimiento ilícito establecido en nuestro ordenamiento jurídico penal vulnera el principio de inocencia, derecho a la defensa y el principio de legalidad. En

---

<sup>79</sup> Tiene directa relación con el principio duda a favor del reo, según el cual, "la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable" (art. 5, núm. 3 del COIP).

resumen, el aumento patrimonial producto de su cargo o función que no sea justificado por el funcionario serían suficientes para iniciar un proceso penal. Ello bajo la presunción de que aquel acrecentamiento económico inexplicable, tiene su causa-fuente en actos delictivos (violación presunción de inocencia). En este caso, si el acusado o procesado ejerce su derecho al silencio, será considerado culpable cuando existan elementos suficientes (conculcación derecho a la defensa que incluye no autoincriminación). Por otro lado, la figura delictiva lleva consigo una sospecha genérica, en el sentido de que pudo haber cometido cualquier hecho punible para obtener mayores ingresos y consecuentemente, incremento de su riqueza (vulneración al principio de legalidad).

## CAPÍTULO III

### ANÁLISIS DEL PROCESO JUDICIAL 01100-2017-00012: FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO FRENTE A VÍCTOR AURELIO RUBIO FAJARDO

#### 3.1 INTRODUCCIÓN

Víctor Aurelio Rubio Fajardo, tras ser elegido por votación popular, ejerció el cargo de Concejal Rural del Cantón Sevilla de Oro entre el 01 de agosto de 2009 y el 18 de noviembre de 2013<sup>80</sup>. De conformidad a las disposiciones normativas vigentes<sup>81</sup>, aquel presentó las declaraciones patrimoniales juradas al inicio y fin de su gestión pública.

La Contraloría General del Estado, en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, efectuó un examen especial a dichas informaciones y, al encontrar variaciones en el patrimonio de dicho servidor público, emitió un informe de indicios de responsabilidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito.

Ante ello, la Fiscalía General del Estado realizó la investigación pertinente y acusó a Víctor Rubio por el tipo penal mencionado pues sostuvo que aquel, en su calidad de Concejal, incrementó injustificadamente su patrimonio.

El proceso penal se sustanció, hasta la fase de evaluación y preparatoria de juicio, ante la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay y, la etapa de juicio, frente a la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la cual ratificó el estado de inocencia del procesado.<sup>82</sup> El recurso de apelación fue conocido por el mismo órgano jurisdiccional, el cual confirmó la sentencia del tribunal a quo.

#### 3.2 EXAMEN ESPECIAL

---

<sup>80</sup> El período para el cual fue elegido iniciaba 01 de Agosto del 2009 y culminaba el 14 de Mayo del 2014. Sin embargo, el 18 de noviembre de 2013 Rubio renunció a su cargo para postularse a la Alcaldía del Cantón Sevilla de Oro.

<sup>81</sup> Artículos 231 de la Constitución de la República y 1 de la Ley 2003-04.

<sup>82</sup> Esta sustanciación ante distintas autoridades judiciales se debió a que Víctor Rubio, al ser Alcalde del Cantón Sevilla de Oro cuando inició el proceso penal, gozaba de fuero de Corte Provincial según el artículo 208, numeral 2, del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

Los artículos 231 de la Constitución y 31, numeral 9, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado<sup>83</sup> facultan a este órgano de control examinar las declaraciones patrimoniales juramentadas de los servidores públicos e investigar aquellos casos en que se presume la comisión del delito de enriquecimiento ilícito. En este sentido, el artículo 5 de la Ley 2003-04<sup>84</sup> prescribe que la Contraloría debe verificar el contenido de las declaraciones mediante un examen especial de auditoría. En relación a ello, el artículo 19 de la LOCGE dispone que el examen especial, como parte de la auditoría gubernamental, tiene por finalidad verificar, investigar y evaluar aspectos específicos de la actividad administrativa de conformidad a las técnicas y procedimientos de auditoría (o de determinadas disciplinas) relacionados a la materia indagada.

En el presente caso, según las disposiciones mencionadas ut supra, los objetos de estudio específicos del Examen Especial DR2-DPA-AE-0003-2017 fueron las declaraciones patrimoniales juradas que presentó Víctor Rubio al iniciar y culminar el ejercicio de su cargo como Concejal Rural del Cantón Sevilla de Oro, documentos que datan, respectivamente, de 29 de Julio de 2009 y 13 de Febrero de 2014. Dicho examen fue realizado por un equipo auditor conformado por tres funcionarios de la Contraloría General del Estado: Byron Mora (Auditor General y Jefe del Equipo), Estrella Espinoza (Supervisora de Auditoría) y Juan Romero (Supervisor Jurídico). (Contraloría General del Estado, 2017)

En aplicación del artículo 4 del Instructivo para la ejecución del examen especial a las declaraciones patrimoniales juradas<sup>85</sup>, el equipo mencionado ofició a diversas instituciones públicas (como la Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, Registro de la Propiedad, Agencia Nacional de Tránsito, Servicio de Rentas Internas, entre otras) para recabar datos que coadyuvaron a comparar y contrastar la información presentada por el examinado. (Contraloría General del Estado, 2017)

---

<sup>83</sup> En adelante LOCGE.

<sup>84</sup> Esta ley regulaba la presentación de las declaraciones patrimoniales juramentadas de los servidores públicos hasta que fue derogada por la Ley para la Presentación y Control de las Declaraciones Patrimoniales Juradas vigente desde 2017.

<sup>85</sup> En adelante IEEDJ.

Tras la culminación de dicho proceso, Contraloría (2017) concluyó que el ex-concejal había omitido detallar en los documentos aportados lo siguiente:

- Diez terrenos ubicados en la parroquia Palmas del Cantón Sevilla de Oro: tres lotes a nombre de los entonces cónyuges Víctor Aurelio Rubio Fajardo y Rosa Ernestina García Uzho (adquiridos en el año 1997 e inscritos en 2008), cinco a favor de su hija Katherine Lisseth Rubio Marquina y dos a título de su hijo Víctor Aurelio Rubio Marquina (cuyas compras se efectuaron en los años 2004, 2006 y 2007).
- Cinco vehículos registrados a nombre del examinado: una camioneta tipo cajón de uso particular (placas UBL0013) matriculada desde 1996; una camioneta tipo cabina simple de uso particular (placas ACU0127) inscrita desde 2000; un tanquero (placas PSW0047), una volqueta (placas ACT0692) y un camión tipo cajón (placas PAC0350), de uso particular y registrados desde 2001.
- Cinco cuentas en instituciones financieras a título de:
  - Víctor Aurelio Rubio Fajardo: cuenta No. 3975436600 en el Banco Pichincha por la cantidad de 517.465, 86 dólares no justificados y cuenta de ahorros No. 1917113 en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jardín Azuayo (en la cual Víctor Rubio recibía las remuneraciones de su labor como concejal) por el valor de 21.211,40 dólares que no correspondían a sus salarios.
  - Rosa Ernestina García Uzho (ex-cónyuge): cuenta de ahorros No. 205102 en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jardín Azuayo por la cantidad de 109.648,05 dólares, de los cuales apenas justificó 88.539,55 dólares en razón de la indemnización que CELEC EP HIDROPAUTE le entregó por la expropiación de un terreno.
  - Katherine Lisseth Rubio Marquina: cuenta de ahorros No. 1911036 en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jardín Azuayo por el valor de 61.500,00 dólares.
  - Víctor Aurelio Rubio Marquina: cuenta de ahorros No. 1911934 en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jardín Azuayo por el valor de 27.434,69 dólares.

- Pago de pensiones alimenticias adeudadas a Aarón Benjamín Rubio Mantilla por el valor de 25.792,19 dólares en el Juzgado Tercero de Familia de Pichincha (año 2011).
- Deuda con el Servicio de Rentas Internas<sup>86</sup> por 137.151,58 dólares.

El monto total no justificado por el examinado fue de 538.677,25 dólares de su patrimonio y 110.043,19 dólares de las cuentas de su ex-cónyuge y dos hijos. Para desvirtuar las presunciones del órgano de control, el auditado presentó diversos documentos que acreditaban su aseveración de que los valores señalados procedían de su actividad en construcciones de obras civiles con compañías constructoras como Andrade Gutiérrez, FOPECA S.A., Guangxi Road & Bridge Engineering Corporation y AECON AG Constructores S.A. No obstante, al ser copias simples, Contraloría no consideró dichos archivos durante el examen. (Contraloría General del Estado, 2017)

Por tanto, el equipo auditor, en virtud de aquellos hallazgos, emitió un informe de indicios de responsabilidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito que fue remitido a la Fiscalía General del Estado para que efectúe las investigaciones y recabe las pruebas suficientes sobre los hechos que generaron sospecha.

### **3.3 PROCESO PENAL**

Tras reunir los elementos de convicción suficientes, de cargo y descargo, en la fase de investigación previa, el Fiscal Provincial del Azuay<sup>87</sup>, en ejercicio de la acción penal pública que es titular, solicitó el inicio del proceso penal por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito (22 de noviembre de 2017). Intervinieron también, como sujetos procesales, Contraloría General del Estado y Procuraduría General del Estado. (Convocatoria a audiencia de formulación de cargos, 2017)

---

<sup>86</sup> En adelante SRI.

<sup>87</sup> Al gozar de fuero de Corte Provincial el procesado, el artículo 208, numeral 2, del COFJ dispone que los Fiscales Provinciales son competentes para llevar a cabo la investigación pre procesal y procesal penal, así como ejercer de la acción penal. En este proceso fungió como Fiscal Provincial del Azuay el Dr. Adrián Rojas Calle.

Ante ello, la Presidenta de la Corte Provincial de Justicia del Azuay<sup>88</sup>, en calidad de jueza sustanciadora según el artículo 1 de la Resolución 184-2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura<sup>89</sup>, convocó a la audiencia de formulación de cargos (29 de Noviembre de 2017). En ella, Fiscalía imputó a Víctor Rubio la autoría de la infracción penal mencionada (tipificada en el artículo 279 del COIP) y sostuvo que el procesado, mientras fungía de Concejal Rural del Cantón Sevilla de Oro, incrementó su patrimonio injustificadamente pues, según el Examen Especial DR2-DPA-AE-0003-2017, existían cambios en su peculio en lo referente a los bienes inmuebles, muebles, cuentas en instituciones financieras, propias y de familiares (ex-cónyuge e hijos), que habían sido expuestos en las declaraciones patrimoniales juramentadas de principio y terminación de gestión. (Acta resumen de la audiencia de formulación de cargos, 2017)

En virtud de aquello, la jueza dispuso el inicio de la etapa de instrucción fiscal por el plazo de 90 días y, concluida esta, convocó a la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio (15 de marzo de 2018). Durante el desarrollo de esta última, Fiscalía emitió un dictamen acusatorio basado en los elementos señalados ut supra, por lo cual el órgano jurisdiccional mencionado<sup>90</sup> emitió el respectivo auto de llamamiento a juicio por el delito de enriquecimiento ilícito sancionado en el COIP y convocó a audiencia de juzgamiento. (Auto de llamamiento a juicio, 2018)

Por último, la etapa de juicio (21 de mayo de 2018) se sustanció ante la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay<sup>91</sup>. Cabe recalcar que en ella el órgano acusador cambió

---

<sup>88</sup> Dra. Jenny Monserrath Ochoa Chacón.

<sup>89</sup> El artículo 1 de dicho cuerpo normativo establece: “La presidenta o presidente de la Corte Provincial de Justicia respectiva, será competente para conocer y resolver respecto de la investigación previa, instrucción fiscal, así como la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, que se sustancien en contra de las personas que gozan de fuero de Corte Provincial, en materia penal”.

<sup>90</sup> Existió cambio de autoridades y la Presidencia la asumió el Dr. Pablo Valverde Orellana.

<sup>91</sup> Pues el artículo 2 de la Resolución 184-2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura señala: “La etapa de juicio será conocida y resuelta por un tribunal integrado por sorteo de entre las juezas y jueces que conforman la sala con competencia en materia penal de la Corte Provincial respectiva. Integrado el tribunal se designará por sorteo a la jueza o juez ponente quien lo presidirá.” La Sala estuvo conformada por la Dra. Julia Elena Vázquez Moreno (Jueza Ponente), el Dr. Julio César Inga Yanza y la Dra. Mirna Narcisa Ramos Ramos.

el precepto legal aplicable al hecho reprochado<sup>92</sup> por el del primer artículo innumerado agregado al artículo 296 del Código Penal derogado<sup>93</sup> que regulaba, aunque de forma distinta, el mismo delito<sup>94</sup> (Acta resumen de la audiencia de juicio, 2018). Ello se debe a que la comisión de la infracción penal ocurrió durante la vigencia de este último cuerpo normativo y, en virtud del artículo 16, numeral 1, del COIP, la ley penal aplicable es aquella. Tras la práctica de los alegatos y pruebas de las partes, la Sala falló a favor del procesado y confirmó su estado de inocencia. La sentencia fue recurrida por Fiscalía y Contraloría ante la Sala Penal de la misma Corte (esta vez conformada por otros jueces<sup>95</sup>), la cual rechazó el recurso de apelación.

### **3.3.1 ALEGACIONES Y PRUEBAS DE LOS SUJETOS PROCESALES**

#### **I. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

Fiscalía alegó que la conducta del procesado se adecuó al tipo penal descrito en el artículo 296 del Código Penal pues aquel incrementó indebidamente su patrimonio mientras ejercía el cargo de Concejal Rural, esto es, el acrecimiento de su peculio durante el desempeño de sus funciones públicas no era el resultado de los ingresos percibidos en ese mismo lapso temporal. Sustentó su acusación en la diferencia hallada en el examen especial de Contraloría entre los bienes, derechos y obligaciones que constaban a nombre de Víctor Rubio (y sus familiares) y aquellos declarados por al iniciar y finalizar el ejercicio de su labor en la concejalía. (Sentencia de primera instancia, 2018)

En este sentido, señaló que la finalidad de las declaraciones patrimoniales juramentadas es asegurar la transparencia y probidad en el ejercicio de la administración pública y, en este caso, existió una infracción a tal objetivo mediante la omisión del acusado al no declarar

---

<sup>92</sup> Esta variación de fundamento jurídico no generó inconvenientes procesales pues, según el artículo 608, numeral 5, del COIP, las declaraciones que constan en el auto de llamamiento a juicio no generan efectos irrevocables.

<sup>93</sup> Este cuerpo legal fue abrogado por el COIP en 2014.

<sup>94</sup> En el apartado 3.3.2 de este capítulo se profundizará en las razones que permiten la utilización del presente caso para demostrar las tesis sostenidas en este trabajo de investigación, aunque el fundamento jurídico sea el primer artículo innumerado agregado al artículo 296 del Código Penal y no el artículo 279 del COIP.

<sup>95</sup> Compuesta por la Dra. Katerina Aguirre Bermeo (Jueza Ponente), el Dr. Juan Carlos López y la Dra. Magali Granda Toral.

todo su patrimonio y no justificarlo oportunamente; falta de acreditación que constituye la evidencia de la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado pues el tipo penal exige que el acrecentamiento patrimonial carezca de justificación como ha sucedido en el caso sub examine, bien porque el procesado no pudo o no deseó probar el origen de su acervo. Finalmente, solicitó que se declare culpable al acusado y se aplique la pena máxima prevista. Para demostrar lo manifestado, el órgano acusador presentó lo siguiente:

#### A. Prueba Testimonial

- i. Byron Manuel Mora Díaz, Jefe del Equipo Auditor que elaboró el Examen Especial DR2-DPA-AE-0003-2017, quien señaló: que el procesado omitió declarar la totalidad de sus activos y pasivos en las declaraciones patrimoniales juramentadas que presentó y el monto no justificado es de 538.677,25 dólares de su patrimonio y 110.043,19 dólares de las cuentas en instituciones financieras de su ex-cónyuge y dos hijos; que se ofició al examinado para que presente la documentación que justifique su patrimonio y aquel no respondió y apenas envió algunas copias simples; que el auditado no declaró la existencia de diez terrenos, cinco vehículos, cinco cuentas en entidades bancarias y el pago de pensiones alimenticias a su hijo Aarón Rubio; que la información entregada por el examinado no fue suficiente, completa y pertinente pues, aunque aseveró que sus ingresos prevenían de su labor como contratista de obras civiles, pretendía justificar todo únicamente con copias simples. A las interrogantes de Contraloría, en lo principal, contestó: que no es obligación del órgano de control indagar pues corresponde al examinado presentar la información. Al conainterrogatorio de la defensa del procesado, respondió: que si conocía que el acusado cerró su Registro Único de Contribuyentes<sup>96</sup> en 2009 y que como actividad principal constaba constructor de obras civiles; que, sobre los tres lotes de terreno a nombre de Víctor Rubio y Rosa García, no existía documentación que demuestre que esa compra estuvo vinculada con las funciones de Concejal del procesado; que, respecto de los siete terrenos a título de los hijos menores del

---

<sup>96</sup> En adelante RUC.

acusado, ellos fueron adquiridos antes del período de Concejal; que no puede asegurar que la compra de los cinco vehículos estuvieron relacionados a la actividad pública del procesado; que, en lo referente al dinero depositado en las diferentes cuentas en instituciones financieras, no se indagó el origen de los depósitos, quien los efectuó, su relación con Víctor Rubio ni si estos no provenían de las actividades de construcción civil; que la omisión del acusado consiste en la falta de declaración sobre esos bienes y dineros. (Sentencia de primera instancia, 2018)

- ii. Juan Francisco Romero Rodas, Supervisor Jurídico del equipo que expidió el examen especial señalado, quien manifestó: que, durante el proceso de auditoría, el examinado no pudo justificar varios bienes y depósitos en cuentas propias y de sus familiares; que el procesado no presentó documentos certificados sino copias simples que no sirven como descargo en una auditoría. Al interrogatorio de Contraloría respondió que, en virtud de lo recabado durante el examen, concluyó que existían indicios sobre la comisión de un injusto penal. Al contra examen de la defensa indicó: que al examinado le corresponde presentar los descargos; que los concejales no administran fondos ni manejan patrimonio público; que no puede calificar si la conducta del procesado fue acción u omisión; que el examinado podía llevar a cabo actividades distintas a sus funciones públicas siempre que no se inmiscuyera en contratación pública. (Sentencia de primera instancia, 2018)
- iii. Estrella del Rocío Espinoza Garzón, Supervisora de Auditoría del equipo que emitió el examen especial mencionado, quien expresó: que, tras revisar las declaraciones patrimoniales juramentadas del procesado, evidenció omisiones al enunciar sus bienes inmuebles, muebles y dinero en cuentas; que el examinado estaba obligado a justificar las inconsistencias y no lo hizo pues solo presentó documentos en copias simples. A las preguntas de Contraloría contestó que el auditado no hizo constar todos sus bienes en las declaraciones. Al contrainterrogatorio de la defensa señaló: que no se ofició a instituciones privadas pues los formularios para solicitar información son predeterminados; que, sobre los depósitos en las cuentas en entidades financieras, desconoce si estos tienen relación con el cargo público

ejercido por el procesado; que conocía que el RUC del examinado indicaba que su labor era constructor de obras civiles. (Sentencia de primera instancia, 2018)

#### B. Prueba Pericial

Patricia Ivón Alvarado Córdova, contadora pública acreditada, quien sustentó su informe pericial y, en lo principal, manifestó: que realizó un examen contable forense al examen especial elaborado por Contraloría; que existían inconsistencias y omisiones al declarar diversos terrenos, vehículos, cuentas en instituciones financieras; que los cinco vehículos reportados por la Agencia Nacional de Tránsito sí los declaró el examinado aunque en el rubro maquinarias y no vehículos. Al contra examen de la defensa respondió: que si observó que si observó un documento de la compañía Andrade Gutiérrez en el que constaba que esta había entregado al procesado 7.300.000,00 entre abril del 2005 y abril del 2009 por trabajos como subcontratista de obras civiles; que el auditado si afirmó que había realizado obras civiles con su hija Deisi Rubio y, aunque en el expediente fiscal constaba información de ella, no la consideró pues no era la examinada; que los documentos de obras civiles debieron ser declarados como cuentas por cobrar y, así, los resultados del examen hubieran variado. (Sentencia de primera instancia, 2018)

#### C. Prueba Documental

Presentó 13 documentos, entre los cuales destacan: Certificación del Departamento Financiero del GAD Municipal de Sevilla de Oro sobre las remuneraciones percibidas por el procesado mientras ejercía el cargo de Concejal por un total de 45.315,77 dólares; Oficio FSA-DF-2017-01208 emitido por FOPECA S.A. que señala la inexistencia de relación alguna con Víctor Rubio y detalla contratos de construcción y transporte de material con Deisi Rubio; Certificación del SRI sobre el RUC del procesado con fecha de inicio de actividades 18 de abril de 2000, fecha de cierre 30 de septiembre de 2009, actividad de construcción de obras civiles y transporte de carga por carretera; Certificación del Registrador de la Propiedad del Cantón Sevilla de Oro sobre los bienes inmuebles a nombre de Víctor Rubio y Rosa García,

Katherine Rubio Marquina y Víctor Rubio Marquina. (Sentencia de primera instancia, 2018)

## **II. CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO**

Contraloría manifestó que el examen especial efectuado a las declaraciones patrimoniales juradas de Víctor Rubio pretendió determinar la veracidad de lo enunciado en aquellas y verificar su correspondencia con las fuentes de ingresos mediante la comprobación de que en dichos documentos consten la totalidad de los activos y pasivos que conforman el patrimonio del declarante al comenzar y culminar su gestión. (Sentencia de primera instancia, 2018)

En dicho proceso, el órgano de control halló que el auditado omitió enunciar varios bienes inmuebles, muebles, cuentas en entidades financieras, propias y de familiares, que no concordaban con los ingresos que como Concejal percibió (aproximadamente 32 mil dólares) y de los cuales no se justificó su origen durante el examen realizado. Señaló además que esta omisión en las declaraciones y su falta de acreditación constituían una transgresión a la obligación constitucional de los servidores públicos de exponer sus ingresos para demostrar la inexistencia de enriquecimiento ilícito en el ejercicio de sus funciones. En virtud de estas consideraciones, Contraloría concluyó que existían indicios de responsabilidad penal en aplicación del artículo 231 de la Constitución, el cual establece que las inconsistencias no justificadas en las declaraciones patrimoniales generarán la presunción de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito.

Por último, el órgano de control solicitó que el procesado sea sancionado por el delito mencionado y afirmó que las sospechas indicadas serían demostradas en el proceso penal por medio de los testimonios de Byron Manuel Mora Díaz y Estrella del Rocío Espinoza Garzón (los cuales fueron correspondidos al haber sido solicitados y practicados por Fiscalía) y el Examen Especial DR2-DPA-AE-0003-2017. (Sentencia de primera instancia, 2018)

## **III. DEFENSA DEL PROCESADO**

La defensa alegó que Víctor Rubio, mientras ejercía su cargo público, practicó actividades agropecuarias, ganaderas y de construcción de obras civiles (estas últimas en conjunto con su hija Deisi Magdalena Rubio García) y, por tanto, no existió ilicitud en el acrecimiento patrimonial del procesado pues este no tuvo relación directa con sus funciones de Concejal en la administración pública. (Sentencia de primera instancia, 2018)

Asimismo, enfatizó que la acusación fiscal ha sido mal planteada por estas razones:

- El fundamento jurídico de la imputación ha sido cambiado sin explicar si el tipo penal descrito por el artículo 296 del Código Penal derogado presenta los mismos elementos que el tipificado en el artículo 279 del COIP.
- No se ha aportado pruebas que demuestren la existencia de un incremento patrimonial pues lo que ha existido es una omisión en la declaración y no un acrecentamiento propiamente dicho.
- No ha sido probado el nexo de causalidad, esto es, que el enriquecimiento ha surgido como una consecuencia del cargo público ejercido por el procesado, pues Fiscalía, obligada por el onus probandi, no ha evidenciado que las alegaciones de Víctor Rubio sobre el origen de su peculio sean falsas.
- En aplicación del principio de favorabilidad<sup>97</sup> y según el artículo 28 del COIP, la omisión supone que una persona, deliberadamente, desiste de hacer aquello que está legalmente obligado a efectuar por su posición de garante de los bienes jurídicos vida, salud, libertad e integridad personal. En este caso, si bien la conducta acusada es un acto omisivo (falta de justificación del peculio), el tipo penal de enriquecimiento ilícito tutela un bien jurídico distinto (la administración pública) a los señalados taxativamente por la ley penal y, por tanto, no cabe la sanción penal al procesado. (Sentencia de primera instancia, 2018)

---

<sup>97</sup> Reconocido en los artículos 76, numeral 5, de la Constitución de la República y 5, numeral 2, del COIP, los cuales prescriben que si existe conflicto entre dos disposiciones de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, corresponde aplicar la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la comisión de la infracción.

Finalmente, el abogado defensor solicitó que se ratifique el estado de inocencia de Víctor Rubio. Para acreditar sus aseveraciones, aquel anunció y practicó lo siguiente:

A. Prueba Testimonial

- i. Deisi Magdalena Rubio García, hija de Víctor Rubio, quien declaró: que con su padre tenían una empresa familiar de hecho dedicada a la construcción de obras civiles; que tuvieron contratos con las empresas Andrade Gutiérrez, FOPECA S.A., Guangxi Road & Bridge Engineering Corporation y AECON AG Constructores S.A.; que a partir de 2009 ella firmó los contratos pues su padre tuvo problemas con el SRI sobre una factura. (Sentencia de primera instancia, 2018)
- ii. Rosa Ernestina García Uzho, ex-cónyuge del procesado, quien manifestó: que estuvo casada con el procesado 26 años pero vivieron separados 20 años; que los depósitos en su cuenta de ahorros correspondían a la indemnización que CELEC le entregó por la expropiación de un terreno y a las ganancias por su actividad de venta de leche de su ganado; que durante los años 2009 y 2014 se dedicó a dicha labor. Al conainterrogatorio de Fiscalía respondió: que no recuerda si su ganado estaba registrado en el Ministerio de Agricultura y Ganadería; que no recuerda el valor de mantenimiento de su ganado; que cada 15 días recibía entre 600 y 800 dólares por ganancias de su actividad. (Sentencia de primera instancia, 2018)
- iii. Víctor Aurelio Rubio Fajardo, en virtud del artículo 507, numeral 1, del COIP, indicó: que desde 1985 se dedica a la construcción de obras civiles, actividad que es la fuente de su patrimonio; que trabajó con las compañías Andrade Gutiérrez, FOPECA S.A., Guangxi Road & Bridge Engineering Corporation y AECON AG Constructores S.A en subcontratos; que ejercía su actividad mediante su empresa familiar llamada Constructora Rubio, en la cual trabajaban sus hijos Rolando y Deisi Rubio; que los terrenos comprados a sus hijos, los vehículos, los depósitos en las cuentas en instituciones financieras provenían de su trabajo y antes de ser Concejal; que el pago de las pensiones alimenticias a Aarón Rubio lo hizo con dinero de su patrimonio. Al contra examen de Fiscalía contestó: que no firmaba contratos con la compañía

Andrade Gutiérrez por el alto grado de confianza que tenían; que de las empresas constructoras (excepto FOPECA) no pudo presentar documentos certificados porque aquellas ya no se encontraban en el país; que desde 2009 era su hija Deisi quien suscribía los contratos de obras civiles por el problema de su RUC con el SRI; que los depósitos en las cuentas de sus hijos los efectuó él. (Sentencia de primera instancia, 2018)

#### B. Prueba Documental

Presentó 46 documentos, entre los cuales resaltan: Oficio AAG-DER-014 de AECON AG Constructores S.A., el cual se indica que Deisi Rubio tiene a su cargo el corte, doblado e instalación de Acero de Refuerzo en el aeropuerto de Quito, adjudicado mediante Subcontrato No. 153; Compulsas de un contrato civil de construcción entre FOPECA S.A. y Deisi Rubio celebrado el 01 de agosto de 2010; Compulsas de facturas y comprobantes de retención expedidas por Deisi Rubio a FOPECA S.A.

### **3.3.2 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL SEGÚN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES**

El fundamento de la imputación fiscal fue el primer artículo innumerado agregado al artículo 296 del Código Penal que:

Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos.

Al iniciar el análisis de los elementos del tipo penal, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, tanto en primera (2018) como segunda instancia (2018), manifestó que la conducta típica del delito de enriquecimiento ilícito se presenta en la modalidad de acción: incrementar injustificadamente el patrimonio de quien ejerce o desempeñó una función pública; y, por tanto, no cabe la posibilidad de que el ilícito se cometa por omisión del sujeto activo. Además, el tribunal ad quem (2018) señaló que el enriquecimiento ilícito sancionado por omisión no pertenece a la legislación ecuatoriana sino a ordenamientos

jurídicos extranjeros, como el argentino, que sancionan la no justificación o la negativa a declarar del procesado sobre su patrimonio.

Por otra parte, ambos tribunales consideraron que, a pesar de ser un tema controvertido en la doctrina, el bien jurídico protegido por la disposición mencionada es la transparencia de la administración pública. Añadió el tribunal de apelación (2018) que la finalidad protegida por la norma penal es prevenir conductas de los servidores públicos que sean contrarias a la ley y mediante las cuales consigan aumentos patrimoniales en provecho de su condición especial.

Respecto a que el enriquecimiento debe producirse o ser consecuencia del ejercicio del cargo público, los tribunales discreparon. El tribunal a quo (2018) expresó que aquello significa que los actos que generan el incremento deben realizarse cuando el servidor público ejerce su cargo, es decir, que el beneficio patrimonial obtenido por el funcionario es efecto directo de las funciones que aquel desempeña en la administración pública. A su vez, el tribunal ad quem (2018) afirmó que aquello hace referencia a una ubicación temporal, esto es, que el acrecimiento debe surgir durante la época en que el servidor ejerce su cargo. Esta diferencia es relevante pues, mientras en el primer caso es necesario probar una relación directa entre el incremento patrimonial y el cargo del funcionario, en el segundo basta con demostrar que el enriquecimiento se originó entre la posesión del servidor en su cargo y el término de sus funciones, aunque dicho aumento no sea consecuencia de los actos ejecutados por aquel en virtud de su condición de funcionario público.

El tribunal de primera instancia (2018) afirmó que el sujeto activo del delito de enriquecimiento es el servidor público y el sujeto pasivo es el Estado, en cualquier forma que se lo denomine.

Por último, ambos órganos jurisdiccionales coincidieron, en lo referente al tipo subjetivo, que la figura delictiva mencionada es dolosa pues implica que el sujeto activo tuvo la intención de incrementar su patrimonio de forma ilícita y en provecho del ejercicio de su cargo.

Cabe recalcar que los tipos penales descritos por el Código Penal y el COIP, según los elementos señalados ut supra y en el capítulo anterior de la presente tesis, son semejantes en lo que respecta a la conducta típica, el bien jurídico protegido, el nexo entre el enriquecimiento y el cargo público, sujeto activo y pasivo, tipo subjetivo. Ello permite que el presente caso práctico sea útil para sustentar los juicios desarrollados en esta investigación.

### **3.3.3 MOTIVACIÓN JUDICIAL**

El tribunal de primera (2018) y segunda instancia (2018), al inicio de la parte motiva de sus sentencias, aclararon que el examen especial efectuado por Contraloría es únicamente un elemento de prueba que aporta indicios en el proceso penal y, por tanto, requiere de otras pruebas que en conjunto confirmen las presunciones sobre la comisión de un delito, es decir, aunque exista un informe de indicios de responsabilidad penal, ello no significa que la persona procesada deba ser declarada culpable. En virtud de aquello, no basta con que Fiscalía acuse con sustento en el examen especial, sino que debe recabar diversos medios de prueba que coadyuven a demostrar la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado.

Tras dicha precisión, los órganos jurisdiccionales valoraron las pruebas aportadas durante la audiencia de juicio. Sobre los diez terrenos no justificados por el procesado, una (2018) y otra (2018) sala señalaron que, según la información ofrecida por el Registro de la Propiedad de Sevilla de Oro, todos ellos fueron adquiridos antes de que Víctor Rubio sea Concejal y, por tanto, no guardaban relación con el ejercicio del cargo público como lo exige el tipo penal.

Respecto de los cinco vehículos no declarados por el acusado, los tribunales a quo (2018) y ad quem (2018) manifestaron que, de conformidad con los documentos remitidos por la Agencia Nacional de Tránsito constantes en el Examen Especial DR2-DPA-AE-0003-2017 (anexo 10), aquellos fueron registrados a nombre del procesado entre los años 1996 y 2001, esto es, previo al período en que el procesado fue Concejal; además, la perito designada por Fiscalía aseveró que Víctor Rubio si enunció dichos vehículos en sus declaraciones

patrimoniales aunque en el rubro equivocado de maquinaria. En suma, no demostró el órgano acusador que la adquisición de dichos vehículos provenga de la actividad en la administración pública del procesado

En lo referente a las cuentas del procesado y sus familiares en instituciones financieras, los órganos judiciales de primer (2018) y segundo grado (2018) coincidieron en que: (i) Fiscalía no aportó pruebas suficientes que desvirtúen lo manifestado por el procesado desde etapas anteriores y hasta en la audiencia de juicio pues, además, aquel presentó documentos (su RUC cerrado en 2009, oficios de AECON AG Y FOPECA sobre los contratos de construcción con Deisi Rubio, facturas y comprobantes de retención expedidas por ella a FOPECA) y testimonios (de Deisi Rubio y del propio acusado) que confirmaron sus aseveraciones sobre su negocio familiar de construcción de obras civiles; (ii) el órgano fiscal debió, con el aparatage estatal de investigación a su cargo, exponer el movimiento de las cuentas durante el periodo examinado, las personas que realizaron los depósitos y la relación de estos últimos con el cargo de Concejal del procesado, hechos que, sin embargo, no fueron probados durante el proceso.

Sobre el pago de las pensiones alimenticias a Aarón Rubio, el tribunal de primera instancia (2018) consideró, por un lado, que dicha cancelación fue realizada, según el testimonio del procesado, con dinero de su patrimonio, y, por otro, que Fiscalía no aportó prueba alguna que demuestre que el pago se efectuó con ingresos provenientes del ejercicio ilícito del cargo público por el acusado. Respecto de la deuda no declarada con el SRI, dicho juzgado aseguró la existencia de la misma por la información constante en la página web de aquella institución estatal (anexo 23 del Examen Especial de Contraloría).

En lo concerniente al análisis de la conducta del procesado, los tribunales a quo (2018) y ad quem (2018) manifestaron que Fiscalía y Contraloría acusaron a Víctor Rubio por cometer el supuesto delito de enriquecimiento ilícito mediante una conducta omisiva: omitir declarar la totalidad de su patrimonio; sin embargo, dicho tipo penal, como se mencionó ut supra, solo se consume con un comportamiento activo del sujeto: incrementar injustificadamente su patrimonio; por tanto, ambas entidades estatales interpretaron

erróneamente las disposiciones penales, plantearon equivocadamente su acusación y no probaron los elementos del tipo necesarios para la aplicación de la sanción penal.

En suma, durante el proceso no se ha verificado coincidencia entre la conducta acusada y lo descrito por el tipo penal ya que mientras el órgano acusador no demostró que Víctor Rubio haya acrecentado su peculio de forma injustificada y en razón del ejercicio de su cargo público, el procesado acreditó, mediante documentos y testimonios, el origen lícito de su patrimonio (construcción de obras civiles).

### **3.3.4 PRINCIPIOS Y DERECHOS VULNERADOS: ACTUACIONES DE FISCALÍA DURANTE EL PROCESO PENAL**

La Constitución de la República del 2008 establece en el artículo 195 lo siguiente:

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

El sistema acusatorio reconocido en la legislación penal de Ecuador marca el papel que tiene el fiscal en el proceso penal. Asume la titularidad de la acción penal pública, interviene en todas las etapas como un sujeto procesal y es quien conduce la investigación para reunir los elementos necesarios que lleven a establecer si ciertos hechos pueden o no constituir un delito. En base a aquello puede proponer una acusación o abstenerse de hacerlo cuando no exista mérito suficiente que hagan presumir la comisión de una infracción.

En virtud de lo expuesto, el actuar fiscal debe regirse a ciertos principios y normas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico. Uno de los principios primordiales bajo el cual desempeña su función es el de objetividad. El artículo 5, numeral 21 del COIP, prescribe:

21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

En primer lugar, el principio de objetividad supone que Fiscalía, al realizar la averiguación de los hechos correspondientes, debe buscar no solo elementos de cargo sino también aquellos de descargo que sirvan al acusado. Por otro lado, el principio procesal aludido conmina a que la actuación fiscal se sujete a la observancia y aplicación debida de normas legales y derechos fundamentales. En razón de ello, por su participación en la investigación y, posiblemente, posterior acusación dentro de un proceso penal, su trabajo debe caracterizarse por aspectos como la justicia, honestidad, conocimiento amplio y especial de los distintas áreas relacionadas con su oficio. Esto para que no conlleve a indebidas acusaciones, restricciones, vulneración de derechos y garantizar el cumplimiento de normativa constitucional en el ámbito penal.

En virtud del rol que tiene el fiscal, las características y principios a que está regida su actuación, en el caso *sub examine* se evidenciaron varios desatinos e inobservancia a normas legales y constitucionales por parte de este sujeto procesal. Adicionalmente, producto de ello y del delito en estudio fueron claros los problemas que durante el proceso se dieron en cuanto a derechos y garantías constitucionales.

## **I. SOBRE LA ACTUACIÓN DE FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y LOS PRINCIPIOS DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, OBJETIVIDAD, LEGALIDAD Y NO AUTOINCRIMINACIÓN**

La Fiscalía efectuó su acusación partiendo de una interpretación errada del delito de enriquecimiento ilícito establecido en nuestra normativa. Durante el proceso demostró carecer de una comprensión clara de los elementos que conformaban el tipo penal atribuido. Producto de este hecho, la actuación fiscal tuvo varias falencias, esencialmente, iniciar un proceso cuando no existió los méritos suficientes para hacerlo.

En este sentido, para verificar si la conducta de un sujeto bajo juzgamiento cumple con los supuestos de un determinado tipo penal, esto es, realizar el proceso de subsunción del comportamiento del demandado dentro de la infracción penal, se debe contrastar dicho comportamiento con las pruebas presentadas<sup>98</sup>. Fiscalía orientó su acervo probatorio para acreditar dos hechos: (a) el procesado no justificó el patrimonio ni los ingresos, (b) calidad de Concejal (servidor público).

Para este fin, el titular del ejercicio de la acción pública centró los elementos probatorios fundamentalmente en el Examen Especial DR2-DPA-AE-0003-2017, realizado a las Declaraciones Juradas Patrimoniales de inicio y fin de gestión por el periodo 01 de julio del 2009 al 31 de Diciembre del 2015 efectuado por Contraloría; a partir de este basó su restante prueba, esto es, oficios solicitados a determinadas entidades con el objeto de verificar las inconsistencias, los testimonios de los auditores quienes elaboraron el examen y práctica de una pericia sobre este último.

La teoría del caso (tanto de Fiscalía como Contraloría) tuvo como punto medular la falta de justificación del procesado, es decir, la omisión de declarar, explicar o informar sobre todos sus activos, pasivos y el origen de los mismos. La acción típica que comprende el tipo penal determinado en el Código (incrementar injustificadamente el patrimonio) fue objeto de confusión por el fiscal. Por otro lado, el acusador excluyó un elemento fundamental: el acrecentamiento económico debe ser producto o como consecuencia del desempeño del cargo público y que no sea resultado de sus ingresos legales percibidos. La Fiscalía alegó que Víctor Rubio se enriqueció pero nunca probó que el aumento en sus activos fue resultado del ejercicio de su función pública, es decir, verificar el origen de los bienes del acusado bajo cuestionamiento. De ello, dos principios procesales fueron inobservados por el titular de la acción penal: principio de inocencia y el principio de objetividad.

El principio de inocencia, que ampara a toda persona dentro de cualquier proceso de juzgamiento, está íntimamente vinculado con la carga de la prueba. Si bien la actividad

---

<sup>98</sup> Sobre ello el COIP señala: Art. 453.- Finalidad.- La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.

probatoria corresponde a las partes, el *onus probandi* concierne a quien efectúa la acusación, esto es, Fiscalía. En virtud del mismo, el servidor público no estaba en la obligación de demostrar la procedencia de sus bienes sino el fiscal. Cada uno de los medios de prueba presentados debían estar dirigidos a comprobar el vínculo funcional entre funcionario y el incremento patrimonial injustificado, nexo que exige el delito como elemento normativo.

La probanza del vínculo mencionado ut supra exige al órgano acusador otro aspecto: buscar la fuente del incremento patrimonial. Consecuencia de esto, el principio de objetividad no fue aplicado. Era deber de Fiscalía, durante la investigación, reunir información adecuada para determinar si la parte procesada era responsable o no, en otras palabras, tenía la obligación de recabar elementos de cargo (para enervar el estado de inocencia) y de descargo (que coadyuva a extinguir, atenuar la responsabilidad, contribuye a confirmar el estado de inocencia). De la errónea interpretación del tipo penal por parte de los acusadores (omisión en justificar sus bienes) deviene en la presentación de prueba insuficiente; el fiscal pretendió comprobar el delito basado principalmente en el examen especial realizado por Contraloría, sin examinar más allá otras circunstancias que permitan esclarecer la verdad de los hechos y extinguir (o no) la duda respecto a si el demandado cometió el delito de enriquecimiento ilícito.

La Contraloría General del Estado efectuó un examen sobre las declaraciones juradas del procesado el cual arrojó como resultado indicios de responsabilidad penal. No obstante, dicho análisis no supone que el sujeto juzgado sea responsable del delito. Dicho informe constituye una fuente de prueba que establece “indicios”, esto es, una sospecha la cual puede ser acreditada o no posteriormente con ulteriores elementos que coadyuven a reforzar y verificar el cometimiento de la infracción, hecho último que compete a Fiscalía. Sin embargo, a pesar que el acusado afirmó, ante Contraloría y durante la investigación pre procesal y procesal penal, que varios de sus ingresos provenían de la realización de obras de construcción civil, dicha información no fue contrastada, indagada, confrontada por parte del fiscal (Sentencia de primera instancia, 2018).

Pese la información concedida por el procesado sobre las actividades de construcción civil, el órgano de acusación no desplegó actividad ninguna encaminada a determinar si la misma era veraz. Sostuvo, más bien, que el procesado no declaró bienes y que aun cuando fue requerido no explicó debidamente el origen de sus beneficios económicos ni ante Contraloría, ni en las correspondientes etapas procesales, pretendiendo justificar con copias simples que no hacen prueba alguna (Sentencia de primera instancia, 2018). Buscó demostrar su acusación bajo la desacreditación de la prueba por la forma, pero no indagando si su contenido o afirmaciones que comprendía eran ciertas.

Adicionalmente, los elementos probatorios aportados por los acusadores mostraron inexactitudes en el examen, búsqueda y análisis de los datos para imputar el delito Por ejemplo, existían bienes adquiridos con anterioridad al desempeño del cargo de Concejal<sup>99</sup> los cuales no hacían relación con lo determinado en el tipo penal (Sentencia de primera instancia, 2018). En relación a ello, cabe señalar que el órgano acusador si bien afirmó que el procesado incrementó sus bienes producto del ejercicio de su dignidad, ello no ocurrió. Lo que el conjunto de la prueba acreditó es que Víctor Rubio no hizo constar determinados bienes en su declaración patrimonial de inicio y fin de gestión; sin embargo, ello no demostró que acreció los ingresos del procesado. Lo que existió fue una omisión de informar más no un incremento económico injustificado del demandado.

Como fue formulado ante la Corte el delito de enriquecimiento ilícito en el presente caso generó contradicción con el principio de presunción de inocencia de la persona procesada. Se exigió a la defensa demostrar la procedencia de sus bienes con lo cual la inversión de la carga de la prueba estuvo presente. La prueba documental desplegada por el demandado tuvo el objetivo de desvanecer la presunción de ilicitud y acusación oficial. El titular de la acción penal no presentó prueba suficiente para demostrar la sospecha de cometer enriquecimiento indebido por no informar en la declaración jurada sobre todos sus activos

---

<sup>99</sup> Por ejemplo, de información proporcionada por el Registrador de la Propiedad oficio N 034-2016 del 31 de octubre del 2016, siete terrenos que no habían constado en la declaración juramentada de Víctor Rubio pasaron a propiedad del mismo entre los años 2004 y 2007. Igual aplica el caso de cinco vehículos no declarados, donde a través de oficio 12428 de la Dirección de Secretaría General de la Agencia Nacional de Tránsito se evidencia fueron registrados a nombre del procesado entre 1996 y 2001.

y pasivos. Para Fiscalía, la omisión de declarar determinados bienes y no demostrar la procedencia de otros fueron suficientes elementos de convicción para determinar la conducta delictiva y la responsabilidad penal, esto es, presumir el cometimiento del tipo por parte del sospechoso. Así afirmó que el proceso nació por la no justificación, por la no omisión de explicar todo su patrimonio y dicha no justificación constituye la “mejor probanza” para establecer la existencia de la infracción y la participación del procesado (Sentencia de primera instancia, 2018).

Contraloría General del Estado, como parte coadyuvante de la acusación, mediante el examen que efectuó y su intervención reforzó los argumentos establecidos por Fiscalía. El órgano de control estableció que “omitió” el examinado hacer constar bienes inmuebles, vehículos, cuentas bancarias, con sus respectivos valores, los cuales “se desconoce” su procedencia, incluyendo dinero constante en las cuentas de su cónyuge e hijos menores, deudas, etc. (Sentencia de segunda instancia, 2018) en virtud de lo cual, según Contraloría, Víctor Rubio era responsable de enriquecimiento ilícito. En otras palabras, de acuerdo al ente examinador (al igual que Fiscalía) el cometimiento del delito se encontraba en la no hacer constar en las declaraciones juradas de inicio y fin de gestión todo su patrimonio. Entonces, es evidente que los argumentos giraron en torno a una concepción equivocada de la modalidad de la conducta que el tipo prohíbe.

Además, respecto al examen especial efectuado Contraloría señaló que el trabajo de dicho ente se reduce a “un principio constitucional que nos da la facultad de revisar las declaraciones juramentadas de los servidores públicos, que tienen la obligación constitucional de presentar sus ingresos **para demostrar que no existe enriquecimiento ilícito** en el desempeño de sus funciones”<sup>100</sup> (Sentencia de primera instancia, 2018), es decir, arguyó como deber del funcionario comprobar que no cometió el hecho delictuoso y con ello, establece la inversión de la carga probatoria.

En este sentido, pretender que sea el procesado quien descredite los cargos en su contra, además de revertir la carga de la prueba supone menoscabar el derecho a la defensa,

---

<sup>100</sup> Negrita y subrayado me corresponde.

obligarlo a declarar contra sí mismo y, por lo tanto, vulnerar los principios de presunción de inocencia y prohibición autoincriminación establecidos en el artículo 76 y 77 de la Constitución de la República y 5 del COIP. En este sentido, en materia penal las interpretaciones extensivas deben ser omitidas. Se exige observar lo que el tipo penal describe de la forma más literal posible. De ahí la importancia a la hora de tipificar correctamente una conducta que será considerada como delito. Aun así, según lo analizado en el capítulo anterior y varias posiciones doctrinarias, es inconstitucional la determinación e interpretación del delito de enriquecimiento ilícito que suponga modalidad de omisión, a saber, no justificar, pues exige del acusado demostrar la fuente de sus bienes para acreditar su inocencia. Hecho que en el presente caso pretendió establecerse por Fiscalía y Contraloría.

Por otro lado, determinar si la conducta acusada se adecúa a la hipótesis establecida a la ley (proceso de subsunción) está íntimamente relacionado al principio de legalidad establecida en la Constitución. El proceso de subsunción de una acción supone un examen frente al tipo penal, ya que solo si aquél coincide con este entonces el comportamiento adquiere relevancia jurídico penal y plasma la garantía que “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...” (Artículo 76, numeral 3 de la Constitución del 2008). Pero ¿Cómo establezco si la conducta está ajustada a los elementos del tipo normativo? Como se mencionó ut supra, esto se realiza a través de los medios probatorios pero en consideración de lo que comprende la infracción penal establecida en la ley. Así, Fiscalía alegó e intentó probar aspectos que no contemplaban el tipo (la omisión como acción típica), dejó de lado otros (vinculación con el ejercicio de la dignidad) e incluso consideró un elemento que no constaba en la normativa penal bajo el cual el fiscal estableció la acusación, esto es, los pasivos y activos de la cónyuge y menores de edad los cuales no debían ser considerados para el presente caso.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> A diferencia del tipo penal del delito de enriquecimiento ilícito contenido en el artículo 279 del COIP, el establecido en el Código Penal que fue atribuido al acusado, no tiene como elemento que el incremento económico no justificado sea obtenido a su nombre o mediante interpuesta persona, ya en beneficio del propio funcionario o para un tercero.

Al respecto, existió un error por parte del fiscal cuando realizó la acusación. Según el auto de llamamiento a juicio, el delito presuntamente cometido por el procesado fue el de enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 279 del COIP (Auto de llamamiento a juicio, 2018). No obstante, durante la audiencia de juicio Fiscalía sustentó la acusación de la infracción penal en el primer artículo innumerado agregado al artículo 296 del Código Penal bajo la premisa que esta era la normativa vigente al tiempo en que acaeció el injusto penal (Sentencia de primera instancia, 2018). Ello no solo atenta contra el principio de legalidad, sino evidencia la falta de debida diligencia y recaudo por parte del fiscal al momento de ejercer la acción penal pública.

En suma, la actuación desplegada por Fiscalía durante toda la causa fue muy criticable. Esto sumado a la naturaleza del delito que, aunque no existieron elementos suficientes para deducir la existencia de un enriquecimiento ilícito por parte de Víctor Aurelio Rubio Fajardo y sustentar una acusación, permitió iniciar un proceso penal basado únicamente en la falta de declaración, de informar, justificar parte de los activos y pasivos que en sí, no supone enriquecimiento, sino una omisión no contemplada en el tipo penal. El órgano de acusación realizó una errónea interpretación del delito con la pretensión que el demandado sea quien acredite el origen de sus ingresos (por lo tanto su inocencia), presentó en juicio prueba insuficiente y direccionada a demostrar aspectos impertinentes con el caso, sin investigar debidamente toda la información aportada con el fin de esclarecer los hechos. Producto de ello fueron inobservados principios como el de objetividad, legalidad e incluso inocencia (inversión de la carga de la prueba) y no autoincriminación por exigir del procesado que justifique aquello que a Fiscalía correspondía indagar y demostrar. En este sentido, tanto los jueces de primera como segunda instancia ratificaron la inocencia de Víctor Rubio debido a las inconsistencias y observando (como debió hacer el acusador oficial) los derechos y garantías del debido proceso.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Segunda. Lima: Palestra Editores, 2003.
- Acta 174. «Asamblea Nacional.» Quito, 2012.
- Acta 174-A. «Asamblea Nacional.» Quito, 2012.
- Acta 174-B. «Asamblea Nacional.» Quito, 2012.
- Acta 174-C. «Asamblea Nacional.» Quito, 2012.
- Acta 22. «Asamblea Constituyente.» Montecristi, 2008.
- Acta 257-A. «Asamblea Nacional.» Quito, 2013.
- Acta 257-B. «Asamblea Nacional.» Quito, 2013.
- Acta 267. «Asamblea Nacional.» Quito, 2014.
- Acta 28. «Asamblea Constituyente.» Montecristi, 2008.
- Acta 50-A. «Asamblea Constituyente.» Montecristi, 2008.
- Acta 64. «Asamblea Constituyente.» Montecristi, 2008.
- Acta 70. «Asamblea Constituyente.» Montecristi, 2008.
- Acta 72. «Asamblea Constituyente.» Montecristi, 2008.
- Acta 8. «Asamblea Constituyente.» Montecristi, 2007.
- Acta 83. «Asamblea Constituyente.» Montecristi, 2008.
- Acta 87. «Asamblea Constituyente.» Montecristi, 2008.
- Acta 96. «Asamblea Constituyente.» Montecristi, 2008.
- Acta resumen de la audiencia de formulación de cargos. Proceso No. 01100-2017-00012. Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. 29 de Noviembre de 2017.
- Acta resumen de la audiencia de juicio. Proceso No. 01100-2017-00012. Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. 29 de Mayo de 2018.
- Albán, Ernesto. *Manual de derecho penal ecuatoriano. Parte especial*. Tercera. Quito: Ediciones Legales, 2011.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Asamblea Nacional del Ecuador*. 21 de Mayo de 2013. <[https://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/perfil\\_16](https://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/perfil_16)>.

- Asamblea Nacional. *Informe para Primer Debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Quito, 2012.
- . *Informe para Segundo Debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Quito, 2013.
- Auto de llamamiento a juicio. Proceso No. 01100-2017-00012. Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. 19 de Marzo de 2018.
- Ayala, Enrique. *Manual de Historia del Ecuador. Tomo II*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2008.
- Ayala, Enrique. «Rasgos históricos de la evolución constitucional del Ecuador.» *Historia constitucional: estudios comparativos*. Ed. Enrique Ayala. Quito: Corporación Editora Nacional, 2014. 13-121.
- Blanco, Isidoro. «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués.» *Revista electrónica de la AIDP* (2013): 1-19.
- Buompadre, Jorge. *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. III. Corrientes: Mario A. Viera, 2003.
- Cabanellas, Guillermo. «Patrimonio.» *Diccionario Jurídico Elemental*. Décimoctava. Buenos Aires: Heliasta, 2006.
- Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado. *Informe de Minoría para Primer Debate de Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Quito, 2012.
- Contraloría General del Estado. «Examen Especial DR2-DPA-AE-0003-2017.» 2017.
- Convocatoria a audiencia de formulación de cargos. Nº Proceso No. 01100-2017-00012. Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. 24 de Noviembre de 2017.
- Corte Constitucional de Colombia. Nº C-319-96. Colombia. 18 de Julio de 1996.
- Creus, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 2*. Sexta. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- Cubillos, Paula y Adrián López. «Análisis del Referéndum Constitucional 2008 en Ecuador.» *Íconos. Revista de Ciencias Sociales* 33 (2009): 13-20. <<http://www.flacso.org.ec/docs/i33lopez.pdf>>.
- De la Fuente, Javier Esteban. «El delito de enriquecimiento ilícito: la discusión sobre su inconstitucionalidad.» *Revista de Derecho Penal* 2004-1 (2004): 79-119.
- De La Torre, Carlos. «Protesta y Democracia en Ecuador: La caída de Lucio Gutiérrez.» *Luchas Contrahegemónicas y cambios políticos recientes de América Latina*. Ed. M López, N Carrera y P Calveiro. Buenos Aires: CLACSO, 2008. 197-227.
- Del Carpio, Juana. «El delito de "enriquecimiento ilícito": análisis de la normativa internacional.» *Revista General de Derecho Penal* 23 (2015): 1-67.

—. «El delito de "enriquecimiento ilícito": análisis de la normativa internacional.» *Revista General de Derecho Penal* (2015): 1-67.

DemocraciaSur. «Ecuador: discurso de toma de posesión de Rafael Correa como presidente.» 22 de Enero de 2007. <<http://democraciasur.com/2007/01/22/ecuador-discurso-de-toma-de-posesion-de-rafael-correa-como-presidente/>>.

Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. III. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2000.

El Telégrafo. «Corrupción, 'piponazgo', incapacidad y la entrega a la derecha tradicional liquidaron al 'gobierno de los coroneles'.» *El Telégrafo* 28 de Noviembre de 2016. <<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/historias/1/corrupcion-piponazgo-incapacidad-y-la-entrega-a-la-derecha-tradicional-liquidaron-al-gobierno-de-los-coroneles>>.

El Universo. «Asambleísta Bohórquez: El cambio debe empezar con la nueva Constitución.» *El Universo* 05 de Noviembre de 2007. <<https://www.eluniverso.com/2007/11/05/0001/8/B1CC13577AB7423E9922F0E9215DA415.html>>.

—. «Catalina Ayala.» *El Universo* 23 de Mayo de 2008. <<https://www.eluniverso.com/2008/05/23/1212/1220/851AE3F55A374756AB2A2A545C133086.html>>.

—. «Distribución de mesas constituyentes.» *El Universo* 14 de Diciembre de 2007. <<https://www.eluniverso.com/2007/12/14/0001/8/B73A29B4BD5B4164BA8714D8745E9664.html>>.

—. «Jorge Elías Escala.» *El Universo* 23 de Mayo de 2008. <<https://www.eluniverso.com/2008/05/23/1212/1220/C4A5783DF8CA4BAAB2DE1271EC681CA8.html>>.

—. «Juan Fernando Vega.» *El Universo* 23 de Mayo de 2008. <<https://www.eluniverso.com/2008/05/23/1212/1220/2C243C26728C4E5996966A4D03966C93.html>>.

—. «Marcos Martínez Flores.» *El Universo* 23 de Mayo de 2008. <<https://www.eluniverso.com/2008/05/23/1212/1220/1BD46D97ABA94C09903636024EF968BD.html>>.

—. «Sergio Enrique Chacón Padilla.» *El Universo* 23 de Mayo de 2008. <<https://www.eluniverso.com/2008/05/23/1212/1220/484569A1E9584EE9B1C348DB653958B8.html>>.

Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Décimo séptima. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

Gálvez, Tomás. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa, 2001.

- Herández, Héctor. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno.» *Revista de Derecho (Valparaíso)* (2006): 183-222.
- Hernández, Héctor. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno.» *Revista de Derecho (Valparaíso)* (2006): 183-222.
- Mantilla, Sebastián. *Democracia y crisis del sistema político en el Ecuador. El caso de la caída de Lucio Gutiérrez (Tesis de Maestría)*. Quito: FLACSO Ecuador, 2016.
- Montoya, Yvan. «El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión.» *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Ed. Yvan Montoya. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. 53-70.
- Movimiento PAÍS. «Plan de Gobierno del Movimiento PAÍS 2007-2011. ¡Porque otro país es posible! Un primer gran paso para la transformación radical del Ecuador.» 2006. <[https://www.ucm.es/data/cont/media/www/17360/Texto%201%20-%20Plan\\_de\\_Gobierno\\_Alianza\\_PAIS.pdf](https://www.ucm.es/data/cont/media/www/17360/Texto%201%20-%20Plan_de_Gobierno_Alianza_PAIS.pdf)>.
- Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York, 2004. <[https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf)>.
- Narváez, Miguel. *Límites y alcances del delito de enriquecimiento ilícito (Tesis de Maestría)*. Quito : Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- Núñez, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Tercera. Córdoba: LERNER, 2008.
- Observatorio Legislativo. «José Gabriel Rivera López.» *Observatorio Legislativo* 2012. <[http://2009-2013.observatoriolegislativo.ec/composicion/asambleistas/jose-gabriel\\_rivera-lopez/](http://2009-2013.observatoriolegislativo.ec/composicion/asambleistas/jose-gabriel_rivera-lopez/)>.
- . «José Vicente Taiano Alvarez.» *Observatorio Legislativo* 2012. <[http://2009-2013.observatoriolegislativo.ec/composicion/asambleistas/jose-vicente\\_taiano-alvarez/](http://2009-2013.observatoriolegislativo.ec/composicion/asambleistas/jose-vicente_taiano-alvarez/)>.
- . «Patricio Donoso Chiriboga.» *Observatorio Legislativo* 2015. <<http://2013-2017.observatoriolegislativo.ec/asamblea-nacional/asambleista/patricio-donoso-chiriboga/>>.
- Peña Cabrera, Alonso. «El delito de enriquecimiento ilícito.» *Estudios Críticos de Derecho Penal Peruano*. Ed. Gustavo Urquiza. Lima: Gaceta Jurídica, 2011. 453-487.
- Pérez, Jorge. «El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva.» *Derecho y Cambio Social* (2012): 1-17.

- Perfiles de opinión. «Candidato que garantizará mejor los temas en el país.» Quito y Guayaquil: Perfiles de opinión, 2006. <<http://www.flacso.org.ec/docs/i27recalde.pdf>>.
- Presidencia de la República. *Objeción Parcial al Proyecto de Código Orgánico Integral Penal*. Quito, 2014.
- . *Proyecto de Ley del Código Orgánico Integral Penal*. Quito, 2011.
- Resolución No. 0471-2011-1SP. N° Juicio No. 1418-2009. Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. 12 de Julio de 2011.
- Rojas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta. Lima: Editorial Grijley, 2007.
- Sancinetti, Marcelo. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del Código Penal argentino.» Maier, Julio y Alberto Binder. *El Derecho Penal Hoy*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1995. 289-315.
- Sentencia C-319/96. Expediente D-1253. Corte Constitucional de Colombia. 18 de julio de 1996.
- Sentencia de primera instancia. Proceso No. 01100-2017-00012. Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. 13 de Junio de 2018.
- Sentencia de segunda instancia. Proceso No. 01100-2017-00012. Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay. 03 de Agosto de 2018.
- Sentencia del Proceso No. 17721-2016-1564. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. 12 de Junio de 2018.
- Sentencia del Proceso No. 17721-2017-00199. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. 01 de Abril de 2019.
- Tapia, Silvana. *El Enriquecimiento Ilícito de Funcionario Público: Marco Constitucional, Garantías Penales y Derechos Humanos (Tesis de maestría)*. Cuenca: Universidad del Azuay, 2012.
- Tribunal Constitucional de Portugal. Proceso No. 182/2012, Sentencia No. 179/2012. Portugal. 19 de Mayo de 2012. <<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>>>.
- UNODC. «Signature and Ratification Status.» *United Nations Office on Drugs and Crime Web Site* 2019. <<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>>.
- Verdugo, Teodoro. *La institucionalización de la revocatoria del mandato político a presidentes en Ecuador (Tesis doctoral)*. Ciudad de México: FLACSO México, 2014.

Vidales, Caty. *El Delito de Enriquecimiento Ilícito: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparativa. Especial referencia a la legislación Colombiana*. Miami: Centro para la Administración de Justicia, 2008.