

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

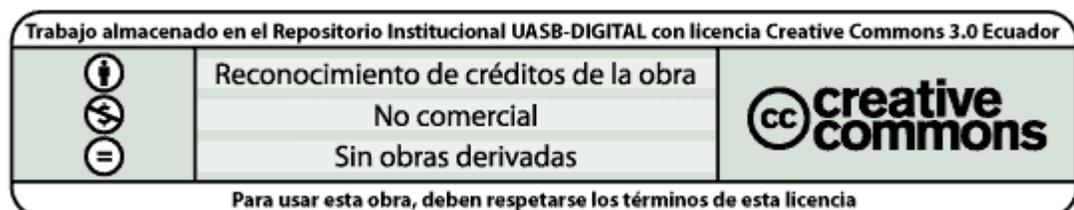
TESIS DE GRADO SOBRE:

“LÍMITES Y ALCANCES DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”

AUTOR:

MIGUEL ÁNGEL NARVÁEZ CARVAJAL

AÑO 2011



CONSENTIMIENTO

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación

Miguel Ángel Narváez Carvajal

Quito, octubre de 2011

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

TESIS DE GRADO SOBRE:

“LÍMITES Y ALCANCES DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”

AUTOR:

MIGUEL ÁNGEL NARVÁEZ CARVAJAL

TUTOR

DR. LENIN PEREZ MEDINA

AÑO 2011

San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano

RESUMEN

Este trabajo se dirige a establecer además de las falencias sustantivas y procesales que otra clase le afectan, que no han permitido ejercer en forma idónea la persecución del delito de *enriquecimiento ilícito de funcionarias o funcionarios públicos*; con ese fin se analizará en forma cuantitativa como cualitativa las sentencias y autos de la Corte Nacional de Justicia, emitidas en procesos sustanciados durante el período de diez años, de 2001 a 2010.

La investigación está estructurada en dos capítulos: en el primero se exponen los antecedentes del ilícito, las convenciones internacionales que lo tratan, la estructura, los elementos que lo conforman; si la norma cuenta con validez, vigencia, efectividad; cuál de ellos es cuestionable; analizamos la autonomía y la subsidiariedad de este tipo penal.

El segundo capítulo trata sobre el proceso administrativo previo a cargo de la Contraloría, sus falencias; el monto de los casos que no merecieron pasar de la fase de indagación, debiendo sancionarse en forma administrativa o pecuniaria; la investigación administrativa, el informe con indicios de responsabilidad penal y su relación con la actividad de la o el fiscal, en el inicio de la acción penal; y, con los tribunales; las resoluciones con fuerza obligatoria de la Corte Nacional de Justicia, relacionadas con el tema.

La denuncia como forma de iniciar la investigación, los casos iniciados por ese medio; los principios que rigen la investigación; la defensa técnica penal; la formulación de la teoría del caso, su presencia en los procesos estudiados; el juicio. El principio o valoración de la prueba, la utilidad de la dogmática penal en la prueba, en el desarrollo de la jurisprudencia.

De la investigación se concluye: que los límites están en el respeto de los principios, derechos y garantías constitucionales; que la Constitución de 2008 ha ampliado el poder punitivo del tipo penal *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*; que el escaso número de procesos iniciados y resueltos permite cuestionar su eficacia; y, que es recomendable estructurar un nuevo tipo penal sobre esa conducta, que no menoscabe el principio de inocencia.

*A Blanca Rosa, impulso firme
para mis logros, apoyo amoroso
en mis derrotas*

Miguel Narváez

TABLA DE CONTENIDOS

LÍMITES Y ALCANCES DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Tema	Página
Resumen.....	4
Tabla de contenidos.....	6
Lista de anexos.....	9

CAPÍTULO I

1.	LOS LÍMITES, LOS ALCANCES DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, QUE NO HAN PERMITIDO DETENER LA CORRUPCIÓN	
1.1.	Antecedentes.....	11
1.1.2.	La creación del tipo penal.....	11
1.1.3.	El delito enriquecimiento ilícito y los Instrumentos Internacionales.....	12
1.2.	La estructura de este tipo penal; confrontación con la Constitución.....	15
1.2.1.	Estructura.....	15
1.2.2.	Confrontación con la Constitución.....	20
1.3.	Sobre la validez, la eficacia del delito de enriquecimiento ilícito.....	22
1.3.1.	La validez.....	22
1.3.2.	La vigencia.....	23
1.3.3.	La eficacia.....	24
1.4.	La subsidiariedad; la autonomía del tipo penal enriquecimiento ilícito.....	26

1.4.1. La autonomía.....	26
1.4.2. La subsidiariedad.....	28

CAPÍTULO II

2. LAS FALENCIAS EN LA PERSECUCIÓN DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

2.1. El proceso administrativo, su vínculo con la actividad de la o el fiscal, con la función de los tribunales.....	33
2.1.1.El proceso administrativo previo.....	33
2.1.2.Vínculo con la actividad de la o el fiscal.....	37
2.1.2.1.Monto o cuantificación del enriquecimiento ilícito.....	40
2.1.2.2.La prejudicialidad.....	43
2.1.3.Vínculo con la función de los tribunales.....	45
2.2. La persecución: la denuncia; la investigación de la o el fiscal, los principios que la rigen.....	49
2.2.1.La denuncia.....	50
2.2.1.2.Motivaciones políticas.....	52
2.2.2.La investigación fiscal; principios que la rigen.....	55
a)Principio de trascendencia.....	55
b)Principio de objetividad.....	58
c)Principio de libre configuración de la instrucción.....	60

d)Principio de oportunidad.....	62
e)Principio de mínima intervención.....	66
2.3. La defensa; teoría del caso; el juicio.....	69
2.3.1.Defensa técnica.....	70
2.3.2.Teoría del caso.....	74
2.3.3.El juicio.....	81
2.4. Importancia, fundamento material o principio de valoración de la prueba.....	85
2.4.1.Importancia.....	85
2.4.2.Fundamento material o principio de valoración de la prueba.....	89
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	98

LISTA DE ANEXOS

1. Anexo 1, cuadro sobre las causas sustanciadas por la Corte Nacional de Justicia por el Delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos.
2. Anexo 2, cuadro sobre el bien jurídico protegido en las causas sustanciadas por el delito de enriquecimiento ilícito por la Corte Nacional de Justicia.
3. Anexo 3, Cuadro sobre los derechos y principios constitucionales afectados por el tipo penal enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos.

ANEXOS SIN NUMERACIÓN

4. Anexo 4, las quince resoluciones (autos, sentencias) de los procesos sustanciados por la corte Nacional de Justicia por el delito de enriquecimiento ilícito.
5. Anexo 5, providencia de la segunda sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, que suspende la audiencia de formulación de cargos por falta del informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal.
6. Anexo 6, hojas de recolección de información sobre las quince resoluciones de la Corte Nacional de Justicia.
7. Instructivo de la Fiscalía General del Estado sobre la aplicación de la Resolución sobre el requisito de procedibilidad para el inicio de la instrucción por el delito de enriquecimiento ilícito.

CAPÍTULO I

1. LOS LIMITES, LOS ALCANCES DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, QUE NO HAN PERMITIDO DETENER LA CORRUPCIÓN

El delito de enriquecimiento ilícito fue creado como tipo con la reforma del año 1985, vuelto a reformar el año 2001, texto que aún subsiste. Las Convenciones contra la Corrupción de la OEA y de la ONU, con similares prescripciones sobre el ilícito, se diferencia por la limitante de la primera, consiste en que el delito se produzca en el ejercicio del cargo; el tipo penal nacional se asemeja a la Convención de la ONU, sin esa limitante. La corrupción que ha crecido, a la par del poder punitivo del Estado, creándose del tipo penal “Enriquecimiento Privado no justificado”.

El bien jurídico protegido es la administración pública; la acción típica por omisión, criterio coincidente con la legislación de Argentina, a diferencia de la colombiana, su comisión es por acción. La Constitución de 2008 amplió su poder punitivo, la acción y la pena imprescriptibles, a juzgar en ausencia del acusado. Que el tipo penal es válido, vigente, pero carece de eficacia. Según los casos, el enriquecimiento ilícito provoca desmedro del principio de inocencia, porque revierte la carga de la prueba al procesado.

Tiene los elementos de tipo penal autónomo calificado como el producido, mas es subsidiario por disposición legal. Doctrinariamente, el enriquecimiento ilícito fue creado como delito con el fin de impedir la impunidad ante la falta de demostración de delitos contra la administración pública, en especial, el cohecho.

1.1. ANTECEDENTES

La sociedad ecuatoriana ha aceptado como normal a ciertas actitudes que afectan a la ciudadanía, como adelantarse en la columna en un banco, irrespetar las señales de tránsito, a las influencias para obtener beneficios, a entregar dinero a cambio de favores, etc., actos producidos por ciudadanas o ciudadanos de todos los estratos sociales.

Estas personas que al integrar la administración pública, producen actuaciones, que para su parecer son normales, pero que en realidad son contrarias a la ley. En la corrupción, que se ha adueñado del ámbito público como privado, excluyéndose a las personas honestas, estigmatizándolas como modelos débiles a no imitar.

Corrupción entendida por la sociedad como sinónimo de viveza, en cambio la honestidad como sinónimo de estupidez, de inferioridad; los versos del escritor y compositor de tangos argentino Enrique Santos Discépolo, denuncia el tema cuando dice, “Siglo veinte, cambalache problemático y febril... El que no llora no mama y el que no afana es un gil.”¹, versos que describen a la deshonestidad socialmente aceptada, que se ha extendido en toda América, y en el tiempo hasta este siglo veintiuno.

Esta creciente corrupción en el campo administrativo de las entidades públicas, coadyuvó para que tendencias legislativas como la argentina, impulsen a la o el legislador a crear el tipo penal *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, como medio para detener la corrupción.

1.1.2. La creación de este tipo penal.

El *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos* no fue parte del texto del Código Penal (en adelante CP) desde su creación el año 1971²; se introdujo como figura delictiva mediante reforma en el año 1985³, durante el segundo periodo presidencial una vez restaurado el sistema democrático en Ecuador; que de acuerdo a la motivación de la ley de creación, el propósito fue contener la corrupción en la administración pública; su texto decía:

¹ Enrique Santos Discépolo, autor de la letra y música del tango “Cambalache”, Argentina, 1935, la cita corresponde al texto inicial de la cuarta estrofa.

² Código Penal, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 147 del 22 de enero de 1971

³ Reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 260 del 29 de agosto de 1985, Art. 296.2

“Art. 296.- 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.”

El año 2001 se vuelve a reformar⁴, extrayéndose del texto la parte que decía “generado por actos no permitidos por las leyes y que, en consecuencia”; además la pena es incrementada en su base, pasó de uno a dos años, con un tope de cinco años de prisión. La Constitución Política de 1998 (en lo posterior CPE), clasificó a esta infracción entre los delitos imprescriptibles, facultó la persecución y sentencia en ausencia del acusado⁵.

1.1.3. El Enriquecimiento Ilícito y los Instrumentos Internacionales.

Nuestro país en el año 1997 aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción⁶, el año 2005 lo hace de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁷; instrumentos que coinciden en establecer, que sujetándose al marco constitucional, cada Estado trate de tipificar en sus legislaciones como delito al *enriquecimiento ilícito*; cabe recordar, que en Ecuador en esa época, ya existía como tipo penal.

Las Convenciones guardan similitud frente al tema, la diferencia aparece en la especificación que hace la Convención Interamericana –artículo IX- al expresar, que el incremento patrimonial debe producirse “durante el ejercicio de sus funciones”; en cambio la Convención de las Naciones Unidas –artículo 20- no cuenta con esa frase, dejando abierta la posibilidad, que el incremento se produzca durante el ejercicio, o en forma posterior al desempeño de la función pública.

La legislación nacional guarda similitud con la Convención de la ONU, porque la norma establece, que el incremento patrimonial pueda producirse con ocasión (presente) o a consecuencia del desempeño de un cargo público (pasado).

⁴ Reforma publicada en el Registro Oficial No. 422 del 28 de septiembre de 2001, Art. 296.2

⁵ Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998, Art. 194

⁶ Convención Interamericana contra la Corrupción, publicada en el Registro Oficial No. 83 del 10 de junio de 1997

⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 del 15 de diciembre de 2005 (suscrita en el año 2003)

No podemos negar el avance de la corrupción; el gobierno por su parte aumentó su actividad punitiva, contratando más personal policial, la intervención de las Fuerzas Armadas en el control de la sociedad civil; implementó el “más buscado”, con cuantiosas recompensas, una especie de guerra a la delincuencia⁸; medidas mediáticas, que postergan verdaderas soluciones, como incentivar la agricultura, la ganadería, la piscicultura, y otros medios de producción, que generen empleo.

Además se adelantó una agresiva campaña de reformas sustantivas y procesales en lo penal, algo similar a la situación ocurrida en Venezuela, sobre lo cual Elsie Rosales afirmó, “sin embargo, esta evolución legislativa se inserta en un sistema penal colapsado y en medio de una cultura jurídica precaria”⁹.

A fines del año 2010, en Ecuador se puso en boga el tema de extender el ámbito de esta figura delictiva hasta los particulares; objetivo logrado mediante consulta popular, con la aprobación del denominado *enriquecimiento privado no injustificado*¹⁰, que sin embargo de haberse conseguido en forma Democrática, para muchos se aleja de todo criterio técnico, jurídico y criminológico.

Alessandro Baratta al referirse a nuevos tipos penales afirma, “...el nuevo concepto sobre bienes y valores dignos de tutela produce la tendencia a extender el ámbito penal hasta esferas que antes parecían excluidas de su radio de acción...”¹¹; es el caso del denominado

⁸ Las Fuerzas Armadas no están preparadas para este rol, su intervención implica el menoscabo de derechos constitucionales, e irrespeto de los derechos humanos. La sociedad, las entidades estatales: Jueces, Fiscalía, Policía judicial, entidades educativas, instituciones sociales, la ciudadanía, deben cumplir con su función, respetando la Constitución, las leyes, con el fin de juzgar a quienes lo merezcan; lo que garantizará la vigencia de la seguridad jurídica en un Estado Constitucional, de Derechos y Justicia.

⁹ Elsie Rosales, *Sistema Penal y Relegitimación Procesal en Violencia Sociedad y Justicia en América Latina*, Roberto Briceño León, compilador, Buenos Aires, 2002, Gráfica y Servicio SRI, pág. 294. La autora se refiere a la reforma procesal penal en Venezuela, que se asimila a lo que sucede en Ecuador

¹⁰ Según la pregunta aprobada, la reforma del Código Penal debe encargarse la Asamblea Nacional, Referéndum y Consulta Popular, cuyo resultado se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 del 13 de julio de 2011, la pregunta No 6 decía, ¿Está usted de acuerdo que la Asamblea Nacional, sin dilaciones, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique en el Código Penal, como un delito autónomo, el enriquecimiento privado no justificado?

¹¹ Alessandro Baratta, *Criminología y Sistema Penal*, compilación in memoriam, en su exposición sobre el plano de la política criminal y la elaboración de los objetivos de la tutela, dentro del tema de la *pena, integración-prevención*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, editorial ID de F, pág. 10

enriquecimiento privado no justificado, que como nuevo concepto de objeto de tutela, no fue analizado y debatido por especialistas en la materia.

Según el esquema del “Código Integral Penal”, discutido en forma confidencial entre entidades estatales, al *enriquecimiento privado no justificado* se incluye entre las “infracciones contra la administración tributaria”, con escalas de sanción de acuerdo al monto, que van desde penas privativas de libertad de cinco a siete años si el monto es igual o mayor a cien remuneraciones unificadas, hasta penas de once a quince años y multas de doscientas remuneraciones unificadas¹². Aquellos que formularon su creación, han estructurando la norma penal, que sobre el tema no les falta dominio o conocimiento jurídico, como dice Michel Foucault, “El poder político no está ausente del saber, por el contrario, está tramando con éste.”¹³

¹² En el proyecto de Código Integral Penal, que aún está en proceso de discusión previa por varios sectores involucrados en el tema, en su texto se establece una escala de sanciones de acuerdo al monto, que hasta cuando lo conocí constaba en el artículo 242

¹³ Michel Foucault, *La verdad de las forma jurídicas*, cinco conferencias pronunciadas en Río de Janeiro, República Federativa de Brasil, del 21 al 25 de mayo de 1973, texto obtenido de la página web: www.es.scribid.com

1.2. LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO; CONFRONTACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN

Con el aporte de doctrina nacional e internacional sobre el delito de *enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, analizaremos y confrontaremos los elementos que estructuran este tipo penal previsto en la legislación ecuatoriana.

El Código Sustantivo Penal define a este tipo penal en el primer inciso de la disposición, al expresar, *enriquecimiento ilícito* consiste en el *incremento injustificado* producido en el patrimonio del funcionario público, que no proceda de ingresos legalmente percibidos.

Enriquecimiento ilícito e incremento injustificado gramaticalmente no tienen el mismo significado; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁴ enriquecimiento significa, “*acción y efecto de enriquecer*”, enriquecer es “*hacer rica a una persona...*”; ilícito significa “*No permitido legal o moralmente*”. Entonces unidos los dos conceptos *enriquecimiento ilícito* significa, *no permitido legal o moralmente hacer rica a una persona*; concepto que difiere con el significado que ha dado la ley penal al afirmar que es el *incremento injustificado*.

Por su parte, *incremento* significa aumento, aumento es *acrecentamiento o extensión de algo*; en tanto que *injustificado* es no justificar, y uno de los significados de justificar es *rectificar o hacer algo justo*; entonces incremento injustificado significa, aquel *acrecentamiento no rectificado o in justo*.

Significado de la designación del tipo penal, así como del concepto, que la ley le ha dado, son diferentes, motivo éste para cuestionar esta norma penal, que debe ser modificada, cuidando que por lo menos guarde armonía con la lengua Española.

1.2.1 Estructura.

¹⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª edición obtenida de la página web: <http://buscon.rae.es/draeI/>

El *enriquecimiento ilícito de servidores públicos* es un tipo penal cuyos elementos se han cuestionado, en esta ocasión nos centraremos en tratar sobre los siguientes elementos: (1) sujeto activo, (2) sujeto pasivo; (3) bien jurídico protegido; (4) acción típica: por acción u omisión.

(1) *Sujeto activo*, es indiscutible que quienes pueden cometer este ilícito son únicamente las o los servidores públicos, que actúan en representación de la administración pública, con dominio de diversas gestiones administrativas.

(2) *Sujeto pasivo*, está representado por el Estado, en cualquier forma que se le denomine; al ser la o el funcionario un representante de aquel, de incurrir en esta conducta desviada, es la entidad pública quien sufre desmedro. El *sujeto pasivo* que se deduce al tratar sobre el objeto o bien jurídico que se tutela, que de acuerdo al criterio doctrinario de mayoría (Ver anexo 2), resulta el Estado, la administración pública.

Pese a que el Estado no se perjudica financieramente, la ley sustantiva penal dispone, que en caso de fallo condenatorio, la o el sentenciado debe restituir al Estado el duplo del monto del enriquecimiento ilícito; es evidente que no se puede disponer la restitución de algo no sustraído de las arcas fiscales; esto refleja otro aspecto conflictivo del tipo penal en estudio.

(3) Sobre el *bien jurídico protegido* no existe uniformidad sobre su determinación; en el anexo No. 2 (El bien jurídico protegido en el delito de enriquecimiento ilícito) hemos clasificado el criterio de trece autores que tratan esta infracción: Creus y Sancinetti consideran que consiste en “prevenir conductas anormales”; Donna, Cancino-Toscano, Díaz Aranda, Zarazo Oviedo, Camargo, García Ramírez, Albán Gómez concuerdan, que el bien jurídico protegido es el Estado, o administración pública en su funcionamiento, en su credibilidad.

Para Todarello y Peña Ossa está representado por “la transparencia de la situación patrimonial del funcionario”; García Ramírez sostiene que es la “administración pública”, a la que adiciona “la economía del estado”; Camargo del mismo modo, a la administración pública

suma “la moral social”. Finalmente, los autores Conti-Saunell y Donoso Castellón, no llegan a precisar lo que para ellos consiste el bien jurídico protegido.

El criterio de que se protege la “economía del estado”, no la compartimos, porque de existir perjuicio económico al Estado, dejaría de ser *enriquecimiento ilícito* transformándose en *peculado*, u otro delito contra la administración pública, donde sufran desmedro las finanzas públicas.

(4) En cuanto a la *acción típica*, el *enriquecimiento ilícito* es un tipo penal muy particular, es necesario revisar la forma como se comete, de acuerdo a la tipificación prevista en la legislación nacional, de aquello se concluirá, si es un delito por omisión o por acción.

Según la ley el delito consiste en “incrementar injustificadamente el patrimonio”; con el propósito de que la o el funcionario justifique el incremento patrimonial, se faculta que la Contraloría, examine y confronte las declaraciones patrimoniales juramentadas de las o los funcionarios públicos; de haber lugar, investigue los casos que se presuma *enriquecimiento ilícito*, en cuyo resultado determine: la existencia real del incremento patrimonial, la no justificación, y que fue producto por abuso del cargo público.

El delito de *enriquecimiento ilícito* consiste entonces, en que la o el funcionario público haya incrementado su patrimonio, que ante el requerimiento de la Contraloría, la o el funcionario no lo justifique, u omita hacerlo, lo que tornará al incremento patrimonial en *enriquecimiento ilícito*. Elementos que están contenidos en el tipo penal, más las leyes conexas, permite afirmar, que este delito es cometido por *omisión*.

Con el propósito de constatar en la realidad procesal, cómo se aplica la normativa en la resolución de esta clase de procesos, contamos con quince resoluciones, entre autos y sentencias dictadas por la Corte Nacional de Justicia. Verificaremos, en forma exclusiva, las sentencias condenatorias para precisar, que normativa conexas se ha utilizado a más del tipo del

enriquecimiento ilícito. Efectuamos el cuadro No. 1; se contará con las variables: “causas”, “Código Penal”, “Constitución” y “Ley conexas”.

CUADRO No. 1			
LA ACCIÓN TÍPICA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO			
CAUSAS	CODIGO PENAL	CONSTITUCIÓN	LEY CONEXA
1,Caso Lozada	296, 285	24.13, CPE	
3,Caso Becerra	296, 257	121.2, CPE	244, LOAFYC
4,Caso Calapucha	296		
9, Caso Gallardo	296		
11, Caso Villota	296	122, CPE	
Fuente: Elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, 1ª y 2ª Salas Penales y archivo general			

La información presentada arroja como resultado, que en dos casos (Lozada 1 y Becerra 3) el tipo penal aplicado en la sentencia, ha sido equivocado, siendo corregido por la Corte Nacional de Justicia, en el primer caso aceptando el recurso de casación, se sentencia por *cohecho* (Art. 285 CP); en el segundo caso, se declara la nulidad hasta antes de la audiencia de juzgamiento, para que se lo haga sobre la base del delito de *peculado* (Art. 257 CP).

Los dos casos se apoyan en disposiciones constitucionales, en el primer caso, la garantía que no permite empeorar la situación del recurrente (Art. 24.13 CPE); en el segundo caso, sobre la obligación de presentar declaraciones patrimoniales juramentadas y la facultad de la Contraloría de examinar las mismas (Art. 121.2 CPE). En cuanto a las leyes conexas, en uno de los casos (Lozada 1), no se aplica; en el otro (Becerra 3) se aplicó la disposición que se refiere al sistema de control de gasto público prevista en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC, Art. 244).

En dos procesos (Calapucha 4 y Gallardo 9), se aplicó la norma que prevé el enriquecimiento ilícito (Art. 296 CP); en el otro caso (Villota 11) a más de sustentarse en la ley penal (Art. 296.1.2 CP), lo hace en la Constitución (Art. 122.2 CPE), que permite *presumir*

enriquecimiento ilícito, pese a que en la causa no exista el informe de Contraloría, que debe efectuarse ante la presunción del ilícito.

En Latinoamérica escogimos a dos corrientes normativas sobre esta infracción, representadas por Argentina y Colombia; la primera de ellas (Art. 268.2 CP)¹⁵ prescribe, que el delito se configura cuando el funcionario no justifica el enriquecimiento o guarda silencio, aquí el tipo penal es por omisión; la segunda (Art. 412 CP)¹⁶ sostiene que la infracción consiste en obtener un incremento patrimonial no justificado; el delito en este caso, es por acción.

Al respecto Marcelo Sancinetti afirma, que la no justificación del enriquecimiento es un requisito de procedibilidad, que no define lo ilícito¹⁷, criterio que no concuerda con la legislación Argentina, tampoco con el texto de nuestra ley que establece, que el delito constituye la no justificación del enriquecimiento.

W. Hassemer explica, "...el objeto de la tutela penal se desplaza a los intereses de sujetos o víctimas potenciales hacia complejos funcionales que son, en gran parte, objeto de actividad de otros sectores del derecho y de la acción administrativa del Estado. Antes que bienes jurídicos, el derecho penal protege funciones."¹⁸; con lo cual se concluye, que se trata de una criminalización anticipada de la lesión del bien jurídico, con propósito de proteger al Estado.

Creemos que el funcionario público comete *enriquecimiento ilícito* cuando en su labor pública, ejecuta actividades idóneas, positivas, encaminadas a conseguir un incremento de su

¹⁵ Código Penal de la República Argentina, Art. 268 (2).- Será reprimido con reclusión o prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta de tres (3) a diez (10) años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la suñción de un cargo o empleo público..."

¹⁶ Código Penal de la República de Colombia, Art. 412, "El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los 2 años siguientes a su desvinculación, obtenga, para si o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 6 a 10 años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones pública de 6 a 10 años"

¹⁷ Marcelo A. Sancinetti, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 99-109

¹⁸ W. Hassemer, citado por Alessandro Baratta, cuando se refiere a la política criminal y de la elaboración de los objetos de la tutela, dentro del tema integración-prevención, en *Criminología y Sistema Penal*, op. Cit. Pág. 10 y 11

masa patrimonial, por efecto del abuso del cargo público, no lo justifique, lo haga mal, o guarde silencio.

1.2. 2.Confrontación con la Constitución.

La actual Constitución de 2008, es posterior a la creación del tipo penal *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, no siendo objeto de control preventivo de constitucionalidad; sin embargo, algunas disposiciones se refieren a éste ilícito, amplía su cobertura, su poder punitivo, porque: incorpora la presunción de enriquecimiento ilícito (Art. 231 CRE); que tanto la acción como la pena los torna imprescriptibles; que se procese y juzgue en ausencia del acusado; extendió su aplicación contra particulares, partícipes en el ilícito (Art. 233.2 CRE).

La mayoría de las citadas prescripciones se tomaron de la Constitución de 1998, la que ya contaba con ciertos principios, derechos y garantías fundamentales, los que la actual Constitución desarrolló en mayor número; de allí que es posible, que el tipo penal los menoscabe.

Se suele confundir o se los trata como sinónimos a los *principios, derechos, garantías* constitucionales; los derechos suponen atribuciones; en cambio las garantías son los medios para hacerlos efectivo; los *principios* tienden a proteger en forma eficaz a los ciudadanos; en materia penal existen, entre otros principios, de legalidad, de inocencia, de no declarar contra si (*nemo tenetur*), y de retroactividad de la ley más benigna al reo.

Son los principios, derechos y garantías previstos en la Constitución (Art. 76 CRE), que pueden sufrir desmedro por el delito de *enriquecimiento ilícito*, del anexo No. 3 denominado, “derechos y principios constitucionales que afectados por el delito de enriquecimiento ilícito, los autores coinciden en lo siguiente:

Según el criterio de Donna y Saumell se afecta al *debido proceso*; Donna, Saumell, Peña Ossa, Todarello, Sancinetti coinciden en afirmar, que sufre detrimento el *derecho a la defensa*,

cuando se obliga a declarar contra si; Donna, Saumell, Zarazo, Peña Ossa, Todarello, Sancinetti, criterio mayoritario, sostienen que se menoscaba el *estado de inocencia*, cuando se revierte la carga de la prueba al procesado; para finalizar, Saumell y Sancinetti formulan que se perjudica al *principio de legalidad*, porque el ilícito no posee conducta típica.

Un número mayoritario de autores –siete- no se han referido al tema, o haciéndolo no determinan qué principios, derechos o garantías son perjudicados por esta infracción, ellos son: Albán Gómez, Donoso Castellón, García, Creus, Cancino-Toscano, Díaz Aranda, Camargo.

El criterio de mayoría afirma, que el principio más afectado por el delito de enriquecimiento ilícito es la *presunción de inocencia* (Art. 76.2. CRE), porque se revierte la carga de la prueba al acusado.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción prevé, que se establezcan, interrumpan o amplíen los plazos para la prescripción, entre otros, del delito de enriquecimiento ilícito (Art. 29, en adelante Convención de la ONU contra la Corrupción); esta prescripción resulta perjudicada por la norma de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (Art. 233, en lo posterior CRE)¹⁹, que prevé la imprescriptibilidad de esta infracción; en consideración a que las Convenciones Internacionales deben aplicarse los principios pro ser humano, de no restricción de derechos (Art. 417 CRE).

El Pacto de Derecho Civiles y Políticos garantiza el derecho de plena igualdad en los procesos contenciosos, en especial, cuando se trate causas penales, para el efecto prevé garantías mínimas, entre ellas, a que *el procesado esté presente en el juicio para defenderse personalmente o por abogado* (Art. 14.1, 3.b), lo que implica que no pueda ser juzgado en ausencia, como está previsto en la Constitución (Art. 233 CRE), provocando que sufran desmedro los derechos de las personas perseguidas por esa infracción.

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008

1.3. SOBRE LA VALIDEZ, LA VIGENCIA, LA EFICACIA DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

La Constitución para privilegiar al individuo, cuenta con una estructura reguladora que permite limitar el poder punitivo del Estado; cuya efectiva aplicación garantiza la validez, la vigencia y la eficacia de las normas, en particular, de las penales, de aquellas referentes al tipo penal *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*.

1.3.1. La validez.

Nuestro país es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, sus leyes, en particular, las penales son expedidas, reformadas, derogadas, después de un proceso legislativo; que se complementa con la sanción del Ejecutivo, finalmente se publica (Arts. 132.2, 137, 138 CRE) para que entren en vigor (Arts. 5 y 6 CC)²⁰.

Luigi Ferrajóli expresa, "...una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas –decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo..."²¹; garantías coercitivas que cuenta nuestra ley suprema, para efectivizar los principios, derechos y garantías fundamentales.

El delito de enriquecimiento ilícito fue creado bajo el imperio de una Constitución eminentemente política, a diferencia de la actual, que privilegia derechos y justicia, Luigi Ferrajóli sobre el tema señala, que la característica estructural entre estado de derecho y estado legal es la divergencia entre validez y vigencia, existencia de normas vigentes pero inválidas²².

El tipo penal fue creado mediante un marco regulador pre establecido, factor que ha permitido, que la norma penal se mantenga hasta la actualidad, dentro de un Estado de Derecho,

²⁰ Codificación del Código Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 46 del 24 de junio de 2005, Arts. 5, 6

²¹ Luigi Ferrajóli, *Derecho y Razón*, editorial Trotta, Madrid, 1995, Pág. 852

²² Luigi Ferrajóli, op. Cit. pág. 852

donde la ley penal debe vincularse no solo formal, sino a través de la verdad jurídica a los actos que la aplican; tratando de reducir la distancia entre lo normativo con la realidad.

Para Luigi Ferrajóli las normas positivas deben tener justificación externa o justicia y legitimación interna o validez (legitimación en sentido estricto); la primera con arreglo a criterios morales, políticos, racionales, naturales; la segunda conforme a normas de derecho positivo que regulan su producción²³.

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

1.3.2. La vigencia.

No podemos dejar de mencionar, que la ley penal tiene límites de vigencia, los que se relacionan con el dónde, el cuándo y sobre quien se aplicará; en consecuencia, resulta que sus ámbitos son: espacial, temporal y personal.

Límite espacial, la ley nacional tiene eficacia dentro del territorio del Estado, debiendo aplicarse dentro de los límites de su soberanía, no obliga más allá de sus fronteras, excepto cuando el delito es cometido en buques, aeronaves, etc., con bandera nacional, en cualquier Estado que se encuentren (Art. 5 CP).

En ese sentido, el tipo penal *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos* es aplicable dentro del territorio del Ecuador, pero también se lo hará contra funcionarias o funcionarios públicos que presten servicios en embajadas y consulados (Art. 18.2 CPP). Ej. Si una o un

²³ Luigi Ferrajóli, *Derecho y Razón*, op. Cit., pag. 212 a 218

Cónsul ecuatoriano en Madrid, España, se hubiere enriquecido en forma ilícita, la investigación y resolución se realizará ante la Fiscalía y Tribunales de Ecuador.

Límite temporal, la ley penal tiene periodo de vigencia, se inicia cuando entra en vigor y culmina cuando es derogada; significa que se debe aplicar en los delitos perpetrados desde la fecha en que la ley entró en vigor, de ningún modo sobre hechos realizados antes; siendo aplicable a los casos presentes y a los futuros. Se exceptúan los casos en los cuáles, se aplicará la ley más favorable al reo, aun cuando su promulgación sea posterior (Art. 76.5 CRE, Art. 2 CPP). Por ejemplo, de publicarse el Código Integral Penal el 6 de enero de 2012, los delitos por enriquecimiento ilícito, de contar con normas más favorables para la o el infractor, se aplicará en procesos iniciados antes de esa fecha.

Límite personal, la ley se aplica sin distinción a todas las personas, porque son iguales, y porque gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (Art. 11.2 CRE); con excepción de las o los agentes diplomáticos y más autoridades extranjeras (Art. 18.1 CPP). También existe una especie de inmunidad conferida a funcionarias o funcionarios públicos de alta jerarquía, como las o los asambleístas, cuyo enjuiciamiento debe ser autorizado por la Asamblea Nacional en Pleno, que generalmente las niegan. En dos de los casos analizados (Ortiz 2, anexo 4), el investigado era diputado, cuyo pedido de la fiscalía sobre la autorización para iniciar una acción penal pública, fue negado por el Congreso Nacional.

Dentro de este límite de validez personal, está la garantía que consiste, en que las personas no pueden ser juzgadas por tribunales de excepción, o por comisiones especiales creadas para ese fin (Art. 76.7, k CRE).

Resulta que el tipo penal sobre *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, está vigente porque reúne las condiciones que establecen los límites espacial, temporal y personal.

1.3.3. La Eficacia

Para que una norma tenga *eficacia jurídica* no debe ser contraria o menoscabar los derechos o principios garantizados por la Constitución, o por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, normas que de resultar contrarias a las prescripciones superiores, carecerán de eficacia (Art. 424 CRE).

El delito de *enriquecimiento ilícito* procede de un estado legal, que fue ratificado por la ley suprema de un Estado de derechos y justicia, por tanto posee validez; así como está vigente como tipo penal; sin embargo, en el periodo de diez años, apenas quince causas ha conocido y resuelto la Corte Nacional de Justicia, entre casos de fuero nacional, provincial y común.

De las quince causas, seis tienen sentencia, dos casos (Bermeo 2, Gallardo 9) de fuero de Corte Nacional; una causa (Bermeo 2) con sentencia absolutoria y el otra (Gallardo 9) con sentencia condenatoria; tres casos de fuero de Corte Provincial tienen sentencia condenatoria, de ellos un caso (Lozada 1) se cambió el tipo penal, cohecho por enriquecimiento ilícito, en otro (Becerra 3) se ha declarado la nulidad para que se juzgue por peculado, el tercer caso (Villota 11) tiene sentencia condenatoria, pendiente de resolverse la casación; tan solo un caso (Calapucha 4) es de fuero ordinario, con sentencia condenatoria, cuyo recurso de casación se declaró desierto (ver anexo No. 1).

Son nueve casos en los cuales la Fiscalía ha formulado desestimación o archivo, siendo así resueltas por la Corte Nacional de Justicia, excepto un caso (Bayas 5), que se inhibió.

Resultado que arroja un ínfimo número de procesos iniciados por este tipo penal; con menos del cincuenta por ciento de efectividad –cinco sentencias condenatorias-, razón irrefutable para cuestionar la *eficacia* del tipo penal *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*; delito que al contar con *validez*, permite que continúe vigente sea o no efectivo; en definitiva, es un tipo penal que tiene validez y está vigente, pese a no tener *eficacia*.

1.4. LA AUTONOMÍA, LA SUBSIDIARIEDAD DEL TIPO PENAL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1.4.1. La autonomía.

Precisemos las clases de delitos existentes, traemos a colación el criterio del autor Juan Bustos Ramírez²⁴, quien sistematiza los delitos de acuerdo a lo que él llama “una nueva ordenación” así: las bases para la existencia del sistema, con relaciones microsociales, con bienes jurídicos individuales; en conexión con el funcionamiento del sistema, con relaciones macrosociales, con bienes jurídicos generales, como fe pública, medio ambiente, orden vehicular.

Explica que existen técnicas para plasmar elementos especificadores del injusto, que lo califican, agravan o atenúan; que lo puede hacer de forma general, casuística o mixta; siendo la última la más adecuada, porque aumenta el grado de determinación del tipo legal; lo cual le permite establecer tres esquemas:

(1) La creación de tipos penales autónomos partiendo de una unidad típica elemental, estos formarán tipos penales autónomos calificados y/o privilegiados, como en los delitos contra la vida, la unidad típica elemental es el homicidio; del que se desprenden tipos penales privilegiados como el parricidio, el asesinato, el infanticidio.

(2) Sobre tipos autónomos, se pueden construir tipos penales accesorios de acuerdo a las agravantes o atenuantes que lo afecten.

(3) A partir de dos o más tipos base, se crean tipos legales accesorios de acuerdo a las agravantes y/o atenuantes, por ejemplo, el robo con fuerza es un tipo accesorio

De acuerdo a ese esquema, el *enriquecimiento ilícito*, responde a conexiones con el funcionamiento del sistema, sus relaciones son macrosociales; la unidad típica elemental es el

²⁴ Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal, parte especial*, 1986, Barcelona, editorial Ariel S.A., pág. 1-15

enriquecimiento ilícito, del que se desprenden delitos autónomos privilegiados como: (a) el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (Art. 296.1.2 CP), complementado por el informe de Contraloría sobre las declaraciones patrimoniales juramentadas (Art. 65 de LOCGE y 231.2 CRE); (b) el que comete funcionarios o empleados del Banco Central del Ecuador, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales, y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (Art. 296.3 CP).

El autor Hans-Heindrich Jescheck²⁵ sobre la clasificación de delitos expresa, que unos tipos penales con otros cuentan con conexión, de acuerdo a ello se clasifican en tipos: básicos, dependientes, autónomos. *Los tipos autónomos o independientes*, muestran en la descripción de la acción cierto parentesco con otros delitos, no tiene relación con un tipo básico o de partida; es una forma jurídica independiente dotada de un contenido propio de desvalor. Por ejemplo, el enriquecimiento ilícito con la concusión, el cohecho, el peculado.

La legislación conexas como la Ley de la Contraloría (LOCGE²⁶) y la Ley sobre Declaraciones Patrimoniales (LDPJ²⁷), prevén al examen especial a cargo de la Contraloría sobre las declaraciones patrimoniales juramentadas de los funcionarios públicos, tienden a otorgar al *enriquecimiento ilícito* la categoría de *delito autónomo*.

El tipo penal analizado tiene todas las condiciones para que sea considerado como autónomo, mas, la frase que consta en el propio texto de la norma, no permite que tenga esa condición, pues dice, “siempre que no constituya otro delito”. El otro delito, son del grupo de “delitos contra la administración pública”, concretamente, del *cohecho*; delito en el cual, si después de la investigación administrativa previa, no se descubre al cohechador, se perseguirá por enriquecimiento ilícito.

²⁵ Hans-Heindrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal parte general*, volumen primero, traducido al Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch casa editorial S.A., Barcelona, 1978, pág. 362-364

²⁶ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 del 12 de junio de 2002, Art. 65

²⁷ Ley que Regula las Declaraciones Patrimoniales Juramentadas, publicada en el Registro Oficial 83 del 16 de mayo de 2003

1.4.2. La subsidiariedad.

El Derecho Penal tiene el carácter de *subsidiario*, esto significa que cuando los problemas no son solucionados en otro ámbito, en otras materias, finalmente recaerán en el Derecho Penal para que arregle el inconveniente legal, ámbito en el cual, la sanción acarrea la imposición de una pena privativa de libertad.

El Derecho Penal tiene doble carácter, ser fragmentario y ser subsidiario, características que proceden del *principio de proporcionalidad* o *prohibición del exceso*. Es *fragmentario* porque protege sólo los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad, dirigiéndose contra conductas que atacan de manera grave esos bienes. Es *subsidiario* porque debe operar sólo cuando el orden jurídico no pueda ser preservado por soluciones más leves que las proporcionadas por el Derecho Penal.

En el tema, es la propia ley penal que determina en forma expresa, que el *enriquecimiento ilícito* es un *delito subsidiario* (Art. 296.2 CP) cuando establece, que se sancione por enriquecimiento ilícito “siempre que no constituya otro delito”, esto implica, que para procesarse el caso por ésta infracción, antes debió verificarse, que no se haya perpetrado otro delito.

Esta verificación de que no se trate de otra infracción, puede implicar que el *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos* pueda provenir, o sea la consecuencia de otra infracción como el *peculado*, *cohecho*, *concusión*, en general, de los tipos penales que integran los delitos contra la administración pública.

Pero no con todas las infracciones que integran el capítulo de la ley penal, mantiene con la misma intensidad el vínculo, que con el *cohecho*, del que lo separa una ligera línea, en consecuencia, sólo agotada la investigación, de no aparecer el cohechador, se perseguirá por el delito de *enriquecimiento ilícito*.

Para el autor Pedro Pablo Camargo, la subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, se pone en marcha para impedir, que por falta de demostración de uno o varios tipos de delitos contra la administración pública, esos hechos queden en la impunidad; al existir conexidad alterna entre los delitos contra la administración pública y el enriquecimiento ilícito²⁸.

Al respecto Marcelo Sancinetti manifiesta, que de presentarse un concurso ideal, real o aparente de delitos, se preferirá hablar de un concurso real de delitos; sin embargo, también puede presentarse la *subsidiariedad tácita, o alternatividad*, que es una regla aplicable cuando los hechos subsumibles en esos tipos no se han probado; aplicándose una alternatividad procesal por defecto de prueba, cuando se demuestre que un hecho se trata de otro delito²⁹.

El autor español Víctor Gómez considera, "...que se trata dos tipos en juego se daría una relación de concurso de leyes que debe ser resuelta a favor del tipo de autoría por aplicación del principio de subsidiariedad tácita."³⁰, caso en el cual el carácter subsidiario se ha elevado a la categoría de *principio*, cuya aplicación afirma, se inclina en favor del tipo penal de autoría.

En el medio nacional en raras ocasiones los sujetos procesales, alegan la *subsidiariedad* del delito de *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*. De los procesos analizados se observa, que el carácter *subsidiario* de esta infracción, se menciona en tres casos; en dos casos (Lozada 1, Becerra 3) aplicado por los jueces, de manera tácita.

En el otro caso (Becerra 3) la Corte Nacional consideró, que el tribunal juzgador no se ha pronunciado por el delito más grave, *peculado*, sentenciando por *enriquecimiento ilícito*; proceso en el cual, pese a que los juzgadores no lo expresan, aplican el carácter *subsidiario* del delito de *enriquecimiento ilícito*; se ha declarado la nulidad, pasando a otro tribunal que lo sustancie por *peculado*, desde la audiencia de juzgamiento (ver anexo No. 1).

²⁸ Pedro Pablo Camargo, op. Cit. Pág. 50, 51

²⁹ Marcelo Sancinetti, op. Cit. Pág. 109 a 117

³⁰ Víctor Gómez Martín, La doctrina del "delictum sui generis": ¿queda algo en pie?, en la revista *Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, obtenida de la página: <http://criminnet.ugr.es/recpc>

En los dos casos se han aplicado en armonía con la disposición sustantiva que prevé la obligación de sancionar por el delito que contenga la pena más grave (Art. 81 CP).

La Fiscalía ha alegado en forma expresa, en sentido contrario, que no se aplique el carácter *subsidiario* del delito de *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, en el proceso materia del juzgamiento, formulación realizada en uno de los quince casos estudiados (Gallardo 9), pedido que prosperó porque se concluyó sentenciando por enriquecimiento ilícito.

No se ha dado la debida importancia al *carácter subsidiario* del delito de *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, no sólo porque su creación se haya sustentado para evitar que se genere impunidad de los funcionarios públicos deshonestos; sino también, para que se evite el derroche de recursos por el aparato de justicia.

La formulación de la aplicación de esta característica subsidiaria depende totalmente de la investigación administrativa previa a cargo de Contraloría, con la realización de exámenes especiales de auditoría, porque de lo que concluya el informe, dependerá el inicio de la acción penal por *enriquecimiento ilícito*, o por el delito que corresponda.

CAPÍTULO II

2. LAS FALENCIAS EN LA PERSECUCIÓN DEL DELITO ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, QUE NO HAN PERMITIDO DETENER LA CORRUPCIÓN

Este capítulo tiene el propósito de discutir la pertinencia de cuestionar al tipo penal *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, con ese fin analizaremos desde distintos ángulos las quince resoluciones (sentencias y autos) emitidos por esa infracción por la Corte Nacional de Justicia, dentro de procesos de fuero y de los demás niveles al resolver los recursos de casación o revisión.

En esta clase de ilícitos se prevé un *proceso administrativo previo*, a cargo de la Contraloría General del Estado, consistente en exámenes especiales de auditoría sobre las declaraciones patrimoniales juramentadas de los funcionarios públicos, informe que de contar con indicios de responsabilidad penal, la o el fiscal iniciará la acción penal pública.

No todos los procesos cuentan con la investigación administrativa previa; en algunos no se define el monto del enriquecimiento ilícito; en otros se observa diferencias marcadas; de todos ellos, pocos han llegado a condena.

Se distinguen los casos que se han iniciado mediante denuncia, los que concluyeron en desestimaciones, en sentencias condenatorias y absolutorias; de las denuncias desestimadas, si se vislumbra motivaciones políticas; las que pasaron a la fase de indagación. La investigación, los principios que la rigen: de trascendencia, de objetividad, de libre configuración de la instrucción, de oportunidad, y mínima intervención.

Dentro del derecho a la defensa, lo trataremos como garantía del debido proceso, la Defensoría Pública para quienes no tienen los medios económicos para la defensa; defensa que estará presente desde el inicio de la investigación hasta la ejecución de la sentencia; con

parámetros como el control de prueba y todas sus implicaciones. Determinaremos si se menoscaba esa garantía en los procesos analizados.

La audiencia del juicio, enfrentamiento de los sujetos procesales, los principios de prueba recogidos; la formulación de la teoría del caso; los criterios planteados por los autores Baytelman y Duce, Solórzano Garavito, Lee Bailey, así como la ley nacional.

Sobre la prueba Hernando Davis Echandía formula su criterio; la prueba carente de eficacia al tenor de la Constitución, por ser obtenida con violación de garantías básicas, conocida en la jurisprudencia norteamericana como “fruto del árbol envenenado”. Prueba que se presentará en el juicio, donde la actuación de la o el juez debe ser imparcial, oyendo a todos los sujetos procesales; no tendrá la menor duda para resolver.

La Fiscalía podrá argumentar el caso de acuerdo a la teoría del delito que se incline; explicando cómo se cumple la estructura del delito o categorías dogmáticas: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; enriquecimiento ilícito analizado desde la teoría Finalista.

Dogmática penal que permite evaluar la prueba, para alcanzar la finalidad de un Estado Constitucional que brinda seguridad jurídica, donde se desarrolla la jurisprudencia.

2.1. EL PROCESO ADMINISTRATIVO PREVIO; VÍNCULO CON LA FUNCIÓN DE LA O EL FISCAL; CON LOS TRIBUNALES

2.1.1. Proceso administrativo previo.

La Constitución, la Ley de la Contraloría y la Ley sobre Declaraciones Patrimoniales establecen y regulan un proceso administrativo a cargo de la Contraloría General del Estado³¹, encargada del control externo de las entidades públicas, semipúblicas, etc. (Art. 225 CRE), sobre los recursos públicos³² a través de auditorías gubernamentales y exámenes especiales; la primera se realiza sobre aspectos generales; la segunda sobre aspectos limitados, como gestión financiera, administrativa, y más asuntos, concluyendo con el respectivo informe.

En el examen especial existe la atribución de exigir y examinar las declaraciones patrimoniales juramentadas de los funcionarios públicos, e investigar cuando se presume la existencia de *enriquecimiento ilícito* (Art. 31.9 LOCGE); para el efecto cuenta con un procedimiento preestablecido, donde intervendrá y explicará el funcionario, que de haber inconsistencias, la Contraloría emitirá un informe con indicios de responsabilidad penal³³.

Para conocer si los procesos objeto de análisis contienen informes de Contraloría y de que clase son, efectuaremos el cuadro No. 2, tendremos como universo los quince casos sustanciados en el periodo de diez años; se denominará “Los informes de Contraloría y su inclusión en los procesos sobre enriquecimiento ilícito”.

Como variables escogimos: “con informe”; “sin informe”; “responsabilidad penal procedente de auditoría gubernamental”; “responsabilidad penal del examen entre declaraciones

³¹ LOCGE, “Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.”

³² LOCGE, “Art. 3.-... recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones...”

³³ Ley que Regula las Declaraciones Juramentadas Patrimoniales, Art. 8, “(...) Si la Contraloría resolviere que el pronunciamiento del declarante es insuficiente, o de no haberse pronunciado éste, procederá, mediante un examen especial de auditoría, a verificar el contenido de las declaraciones y emitirá la resolución que corresponda, estableciendo bajo su responsabilidad legal si hay o no indicios de responsabilidad penal.(...)”

patrimoniales”, puede suceder por no presentar declaraciones o lo hagan en forma incompleta; e, “informes sin indicios de responsabilidad penal”.

CUADRO No. 2					
LOS INFORME DE CONTRALORÍA Y SU INCLUSIÓN EN LOS PROCESOS SOBRE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO					
CASOS	CON INFORME	SIN INFORME	RESPONSABILIDAD PENAL DE AUDITORÍA GUBERNAMENTAL	RESP. PENAL COMPARACIÓN DE DECLARACIONES PATRIMONIALES	SIN INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL
1, caso Lozada	X		X		
2, caso Bermeo	X			X	
caso 3, Becerra	X		X		
4, caso Calapucha		X			
5, caso Bayas		X			
6, caso Ortiz		X			
7, caso Borja Gallegos	X				X
8, caso Borja Cornejo	X				X
9, caso Gallardo		X			
10, caso Rivas	X			X	
11, caso Villota		X			
12, caso Gutiérrez		X			
13, caso Dávila		X			
14, caso Tsekush	X			X	
15, caso Obaco	X			X	
TOTAL	8	7	2	4	2

Fuente: Elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, 1ª y 2ª Salas Penales y archivo general

En el lapso de diez años, de los quince procesos sustanciados en la Corte Nacional de Justicia, por el delito de *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, siete casos no cuentan con aquel proceso administrativo previo; contra ocho casos que sí lo tienen.

De los ocho casos con informes de Contraloría, en dos (Lozada 1 y Becerra 3) el informe ha determinado, la existencia de indicios de responsabilidad penal como resultado de auditorías gubernamentales (sobre obras); en cuatro casos (Bermeo 2, Rivas 10, Tsekush 14 y Obaco 15), los indicios de responsabilidad penal han surgido de exámenes especiales sobre declaraciones patrimoniales juramentadas.

En dos casos con informes resultantes de exámenes especiales sobre declaraciones patrimoniales juramentadas se ha concluido, que no existe indicios de responsabilidad penal, en un caso (Borja Gallegos 7) porque el denunciado no ha incrementado ilegalmente su patrimonio al ejercer su función pública (Procurador General del Estado); en otro caso (Borja Cornejo 8), porque el denunciado (Ministro de Economía) ha adquirido los bienes antes del inicio de la función pública.

De los seis casos que han contado con informes de Contraloría con indicios de responsabilidad penal surgidos de auditoría gubernamental o de la comparación entre declaraciones juramentadas, en dos casos (Lozada 1, Becerra 3) se ha llegado a emitir sentencia condenatoria.

Existen casos que cuentan con informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, sin embargo, la Fiscalía ha resuelto pedir su desestimación:

Uno de ellos (Rivas 10) se desestima, sobre la base de que ha existido equivocación en la declaración patrimonial juramentada, por no especificar el monto real de adquisición de un bien inmueble, concluyendo que los hechos no se subsumen en el tipo penal de enriquecimiento ilícito. Aquí el monto del enriquecimiento se fijó en USD \$ 286.574, 00, dólares, cantidad que la

Fiscalía no ha determinado, la forma como se justificó su procedencia, y que no ha sido el resultado del abuso del cargo público.

En otro caso (Tsekush 14) la Fiscalía afirma, que no se ha demostrado conforme a derecho la existencia de la infracción, que fue descuido en el cumplimiento de la obligación al detallar sus bienes, además porque no ha poseído bienes a su nombre. Aquí no se cuantificó el monto del enriquecimiento.

En el último caso (Obaco 15) la Fiscalía determina, que no se ha establecido elementos procesales que confirmen la existencia del delito de enriquecimiento ilícito, porque no existe incremento injustificado del patrimonio, sino desinterés en cumplir sus obligaciones; que no existe lesión grave de un bien jurídico protegido; y, que no existe un presunto acto punible. Caso en el cual tampoco se determinó el monto del enriquecimiento.

En los tres casos la Fiscalía fundamenta su pedido de desestimación y archivo, en que no constituye delito (Art. 39 CPP), decisión que contradice a la ley conexas, porque los tres casos al contar con informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, le corresponde a la Fiscalía iniciar la instrucción (Art. 65 LOCGE); a la vez, contraviene la restricción de aplicar el principio de oportunidad previsto en la ley procesal, de abstenerse de iniciar la acción penal, porque son delitos que comprometen gravemente el interés público y vulneran los intereses del Estado (Art. 39.10° inc. CPP).

En estos casos el informe dejó de ser un requisito de procedibilidad, pasó a ser un mero elemento de convicción fácilmente impugnabile. Ante esta realidad procesal, surge la necesidad de establecer, que esa clase de decisiones se puedan impugnar al superior, tanto el pedido de desestimación de la o el fiscal, como la resolución de la o el juez.

Entre la Contraloría, protagonista de la investigación administrativa previa; con la Fiscalía, como directora de la investigación en sus fases preprocesal y procesal, y las o los jueces y tribunales, surge una relación estrecha en la investigación y resolución sobre hechos por el

delito de *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*; relación apreciable en ciertos actos procesales, como en las audiencias de formulación de cargos, de preparación del juicio y formulación de dictamen, y de juzgamiento; inclusive, hasta en la sustanciación de los recursos de apelación, casación y revisión. Vínculos entre el trabajo de la Contraloría con la investigación de la Fiscalía, y con la actuación decisoria de las o los jueces y tribunales, que trataremos de determinarlas.

2.1.2. Vínculo con la actividad de la Fiscalía.

La Constitución establece que la Fiscalía se encargue de la investigación preprocesal y procesal penal; la que se inicia de dos formas: de oficio, considerada como “cualquier forma” porque no tiene límite la forma en que los hechos, que presumiblemente constituyen infracción, lleguen a conocimiento de la Fiscalía; y, a petición de parte o *denuncia*.

Entre aquellas que establece la ley como “cualquier forma”, está el examen especial de Contraloría, materializado en el informe con indicios de responsabilidad penal, el que se hará conocer a la Fiscalía, para el inicio de la instrucción o en la que esté iniciada.

El momento adecuado para presentar esta forma de hacer conocer la infracción sobre enriquecimiento ilícito, por parte de Contraloría a la Fiscalía, será desde la fase preprocesal o indagación previa hasta la etapa intermedia, en forma específica, hasta la *audiencia preparatoria de juicio o formulación de dictamen*, donde la o el fiscal entregará a la o el juez de garantías penales, las actuaciones de la investigación que sustenten su pronunciamiento (Art. 224 último inciso CPP).

Este límite se funda en la ley procesal que establece, que en la etapa intermedia la o el juez resuelva las cuestiones sobre: la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento, que puedan afectar la validez del proceso; sobre el anuncio de pruebas para el juicio; sobre las solicitudes para excluir pruebas anunciadas, obtenidas violando normas y garantías determinadas en instrumentos internacionales

de protección de Derechos Humanos, la Constitución y el Código Procesal Penal (Art. 226 inc. 4, 2,3,4 CPP).

En uno de los casos utilizados para este estudio (Bermeo 2), se puede verificar este límite en la presentación del informe de Contraloría, lo hace en la etapa intermedia, en la *audiencia preliminar*³⁴ (en la actualidad audiencia preparatoria del juicio y formulación de dictamen); actuación aceptada por la o el Juez, la ley procesal de esa época permitía a todos los sujetos procesales que presenten evidencia documental de sustento; la vigente ley procesal, en forma exclusiva, faculta únicamente a la Fiscalía.

El informe presentado en la etapa intermedia, no se ha declarado carente de eficacia probatoria por aquel hecho, sino porque en la investigación administrativa de la Contraloría, el informe inicial no se hizo conocer al investigado, lo que ha impedido que ejerza el derecho a impugnar; y, porque el informe no ha sido ratificado en el juicio por el funcionario que lo elaboró –jefe de equipo-.

La Contraloría no cumplió con el debido proceso establecido en la Ley de la Contraloría, la Ley sobre Declaraciones Patrimoniales y los respectivos Reglamentos, vigentes a esa fecha. La o el Juez, en la audiencia de formulación de dictamen, también se equivoca en aceptar como principio de prueba válido, aquel informe realizado con el menoscabo del proceso administrativo previo.

La Corte Nacional de Justicia, mediante resolución obligatoria estableció³⁵, que la o el fiscal para poder ejercer la acción penal pública en los delitos de *enriquecimiento ilícito* y *peculado*, debe contar con el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal.

Es obligación de las o los funcionarios públicos, presentar declaraciones patrimoniales juramentadas al inicio, cada dos años y al finalizar sus funciones; de no hacerlo, la Contraloría

³⁴ La audiencia preliminar estaba prevista en el Art. 229 del CPP, disposición derogada mediante ley publicada en el Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de marzo del 2009

³⁵ Resolución obligatoria publicada en el Registro Oficial # 154, del 19 de marzo de 2010

iniciará exámenes especiales (Art. 1 LDPJ)³⁶ por existir *presunciones de enriquecimiento ilícito*³⁷, el informe final que podría concluir, que existen indicios de responsabilidad penal. Auditoría que puede extenderse a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y a la o el cónyuge o pareja de la o el funcionario³⁸; informes que aprobados por el Contralor o su delegado, serán enviados a la Fiscalía para que decida sobre el inicio de la instrucción (Art. 65 LOCGE).

Por su parte la Fiscalía General del Estado, con relación a la resolución de la Corte Nacional de Justicia, ha instruido a las o los fiscales, que ante la contradicción y desnaturalización del sistema acusatorio, éstos resuelvan aplicando de acuerdo a la jerarquía de las leyes (Art. 425.2 CRE); que se prefiera disposiciones constitucionales y legales para ejercer la acción penal pública, excluyendo, por principio de reserva legal, a las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia (ver anexo No. 7)³⁹.

En definitiva, según la resolución obligatoria sobre el delito de *enriquecimiento ilícito*, si no existe el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, no se configurará la infracción de enriquecimiento ilícito, porque superó la categoría de *requisito de procedibilidad*, pasando a ser, *un elemento que conforma el tipo penal*.

Creemos que la resolución contradice los principios constitucionales que rigen la actividad de la Fiscalía (Arts. 195, 212 CRE); que limita a la facultad de la Fiscalía de iniciar la acción penal pública, pues pese a que exista denuncia y otros elementos de convicción; si no se cuenta con el informe de Contraloría, por la resolución de la Corte Nacional, la Fiscalía está impedida de aplicar la facultad constitucional de ejercer la acción penal pública.

³⁶ LOCGE, Art. 5, en concordancia con inciso final del Art. 2 de la Ley que Regula las Declaraciones Patrimoniales Juramentadas

³⁷ LRDPJ Art. 8 “Art.-...Presunción de enriquecimiento ilícito.- La falta de presentación de la declaración patrimonial juramentada al término de sus funciones, hará presumir enriquecimiento ilícito.”, en armonía con la LOCGE, Art. 31.9

³⁸ LOCGE, Art. 31.9, segundo inciso, introducido como reforma por el Art. 4 de la Ley 2004-42, publicado en el Registro Oficial 404 del 23 de agosto de 2004

³⁹ Directrices para la actuación de los señores Fiscales a nivel nacional en los casos de delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, No. 0006, del 18 de junio de 2010, suscrita por la Directora Nacional de Actuación y Gestión Procesal (e) de la Fiscalía General del Estado

El informe de Contraloría debe determinar en qué consiste el enriquecimiento ilícito, el vínculo entre el funcionario público con los bienes, dinero, acciones, etc., evidencia que sobre el monto del incremento patrimonial, la Fiscalía deberá conseguir que se considere como *principios de prueba*.

2.1.2.1. Monto o cuantificación del enriquecimiento ilícito.

La ley no determina hasta que monto debe ser el incremento para considerarlo ilícito; inferimos que debe ser elevado, tanto que se observe una transformación en las condiciones socio-económicas de la o el funcionario, que genere dudas sobre su procedencia; por aquello es necesario conocer el monto del patrimonio de las o los funcionarios públicos, que han sido sujetos de investigación.

De los procesos sustanciados en la Corte Nacional de Justicia sobre esta infracción, revisaremos si se han fijado montos; para ello efectuaremos el cuadro No. 3 denominado “monto del enriquecimiento ilícito”; tendrá como variables: “causas”, “monto enriquecido”, “no precisa monto”.

CUADRO No. 3		
MONTO DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (EN USD\$)		
CAUSAS	MONTO	NO PRECISA MONTO
1, caso Lozada (CI)*	5.501	
2, caso Bermeo, (CI)	692.797,45	
3, caso Becerra, (CI)	1.513	
4, Calapucha (NI)**	889,16	
5, caso Bayas, (NI)		X
6, caso Ortiz (NI)		X
7, caso Borja Gallegos (CI)		X
8, caso Borja Cornejo (CI)		X
9, caso Gallardo (NI)	2.433.264,53	
10, caso Rivas (CI)	386.574	
11, caso Villota (NI)	117.505	
12, caso Gutiérrez (NI)		X
13, caso Dávila (NI)		X
14, caso Tsekush (CI)		X
15, caso Obaco (CI)		X
TOTAL	7	8
Fuente: Elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, 1ª y 2ª Salas Penales y archivo general		

*(CI) El caso cuenta con informe de Contraloría

** (NI) El caso no tiene informe de Contraloría

En siete casos se ha establecido el monto del enriquecimiento, seis de ellos llegaron a juicio; el séptimo caso (Rivas 10) es una indagación previa desestimada; en ocho casos no se ha determinado el monto del enriquecimiento, estos corresponden a indagaciones previas, siete fueron desestimadas, el restante (caso Bayas 5) pese a existir pedido de desestimación de la Fiscalía, la Corte Nacional de Justicia se ha inhibido de su conocimiento (ver anexo No. 1).

De las siete causas que se ha determinado el monto del enriquecimiento, sólo cuatro cuentan con informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal; las tres causas restantes, no tiene ese informe, se ha determinado el monto del enriquecimiento (Calapucha 4,

Gallardo 9 y Villota 11), casos que han concluido en sentencia condenatoria; los juzgadores en estos casos, han restado importancia al informe de Contraloría, otorgando mayor relevancia a otra clase de elementos aceptados como prueba.

Entre los montos fijados como enriquecimiento ilícito, encontramos grandes diferencias, uno de los casos (Calapucha 4) asciende a USD\$ 889, 60, frente a otro caso (Gallardo 9), que se cuantifica en USD\$ 1'433, 264, 53, resultando una diferencia abismal; en el primer caso pudo haberse solucionado con sanción administrativa, mas, ha llegando a sentencia condenatoria; el otro caso, también ha concluido en sentencia condenatoria (ver anexo No. 1).

No encontramos en la Ley o en la Jurisprudencia parámetros sobre el monto al que debe ascender el incremento patrimonial para que sea considerado ilícito; prescripción que si sucede con la Ley de Lavado de Activos (en adelante LLA) que determina los montos en forma específica (Art. 14 LLA). Los casos en que se ha fijado monto, sea ínfimo o elevado, han llegado a sentencia condenatoria, excepto dos casos, en el uno (Bermeo 2) se ha emitido sentencia absolutoria, en el otro caso (Rivas 10), se ha desestimado.

La Contraloría está obligada a remitir los informes con indicios de responsabilidad penal a la Fiscalía, pese a que los montos sean irrisorios, subsanables en sede administrativa; en los casos de fuero de Corte Nacional de Justicia, la mayoría han concluido desestimándose. Esto evidencia lo infructuoso del trabajo del órgano contralor, que además perjudica a los investigados.

El *principio de legalidad* (Art. 76.3 CRE) garantiza que un acto u omisión estén en forma previa establecidos en la ley sustantiva como delito; pero cuando esa tipificación no reúne ciertos elementos, como en el caso del enriquecimiento ilícito, que no fija la cantidad para que se considere *enriquecimiento ilícito*, la o el juez estará impedido de decidir, si se ha configurado la infracción.

La ley en forma previa, debe establecer parámetros sobre los montos que deben considerarse enriquecimiento ilícito; ante esta falencia de la ley sustantiva penal, el o la fiscal y el o la juez, no tendrá base para declarar su existencia, tornando al tipo penal contrario a la Constitución (Art. 76.3), a la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.2), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 15.1); a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 9); y, a la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 40.2).

Con esa perspectiva es necesario que mediante reforma se determinen los montos del enriquecimiento de la o el funcionario público a que deben ascender para considerarlo ilícito. Creemos que puede fijarse en treinta y cinco salarios unificados (USD \$ 10.220,00), equivalente a un poco más del monto que se fija para activar la investigación en el delito de *lavado de activos*; esta cuantificación del monto del enriquecimiento ilícito, permitirá a la Fiscalía, a las o los Jueces y Tribunales, que se inicie o resuelva, respectivamente, sobre la base del monto fijado como *enriquecimiento ilícito*; que de resultar inferior, la investigación se decida en sede administrativa.

2.1.2.2. La prejudicialidad.

No se permite ejercer la acción penal pública mientras no se cumplan o dependa de cuestiones prejudiciales, esto es, que exista o cuente el o la fiscal en forma previa, con sentencias o autos firmes procedentes del fuero civil (Art. 40 CPP); este requisito no se prevé para el inicio de la acción penal por el delito de *enriquecimiento ilícito*.

La ley procesal no señala los casos de prejudicialidad, éstos están desperdigados en varios cuerpos normativos, a saber: en el Código Penal las disposiciones que se refieren: a la falsedad de instrumento público (Arts. 337, 338, 339 en concordancia con el Art. 180 del CPC); el rapto de una mujer mayor de 16 y menor de 18 años (Arts. 531, 532); la disposición de prenda agrícola, de prenda comercial ordinaria, de especie vendida con reserva de dominio (Arts. 574, 575). En el Código de Procedimiento Civil: la insolvencia fraudulenta (Art. 509); la quiebra

fraudulenta (Art. 589). No encontramos disposición alguna en las referidas leyes, que se refieran al *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, que establezcan su prejudicialidad.

El Código Penal o Código Procesal Penal no cuentan con disposiciones que determinen, requisitos previos o de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal pública por el delito de *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*. La Constitución (Art. 231.2 CRE), otorga a la Contraloría la facultad de revisar y exigir la presentación de declaraciones patrimoniales juramentadas, a cuyo informe no le otorga la categoría de prejudicial.

La Ley de la Contraloría (Art. 65 LOCGE) y su Reglamento, establecen los exámenes especiales sobre las actividades específicas de los funcionarios públicos, que de concluir en indicios de responsabilidad penal, remitirán a la Fiscalía para el ejercicio de la acción penal pública, cuyo procedimiento lo establece la Ley sobre Declaraciones Patrimoniales Juramentadas (Art. 5 LDPJ) y su Reglamento.

La Constitución y las mencionadas leyes, no otorgan la categoría de *requisito de procedibilidad*, al procedimiento administrativo previo a cargo de la Contraloría; consideramos que a más de ser una forma de que la o el fiscal conozca la realización de un ilícito, en la etapa intermedia, es un principio de prueba impugnabile. Situación que se generó en uno de los casos estudiados (Rivas 10), la Fiscalía restando importancia al informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, decidió desestimar.

Informe de Contraloría que es impugnabile en las principales audiencias previstas en el proceso penal: de formulación de cargos, de preparación de juicio y formulación de dictamen, y de juzgamiento; esta última situación ocurrió en uno de los casos analizados (Bermeo 2), que declarando ineficaz el informe, se dictó sentencia absolutoria.

El Código Adjetivo Penal determina, que sólo mediante ley se puede establecer requisitos previos aplicables siempre que favorezcan al infractor (Art. 2.5 CPP), reforma legal que

no se ha producido; en consecuencia, para ejercer la acción por el delito de enriquecimiento ilícito no se necesita decisión o resolución previa en la materia que fuere.

2.1.3. Vínculo con la función de los tribunales.

La Contraloría General del Estado consultó al Pleno de la Corte Nacional de Justicia, si es *requisito de procedibilidad* para el inicio de la instrucción fiscal, la existencia de informe por faltante de fondos públicos, en forma específica por el delito de *peculado*. La Corte sustentándose en la Constitución (Art. 212.2 CRE), en la ley de la Contraloría (Arts. 39, 65, 66, 67 LOCGE), para absolver la consulta, amplió el tema e incluyó al *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*.

La resolución precisó, que para el ejercicio de la acción penal pública, por hechos previstos tanto en el Art. 257 del CP, que trata sobre el *peculado*; como en el Art. 296.2 del CP, referente al *enriquecimiento ilícito*; se requiera informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal⁴⁰.

En forma posterior la Corte Nacional de Justicia, emite otra resolución obligatoria, la que en lo principal expresa, “... Para el ejercicio de las facultades que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero le compete a la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Fiscalía General del Estado, para inicio de la acción penal por delitos financieros, no requerirá ningún informe adicional...”.

Ese criterio difiere con la anterior resolución obligatoria sobre los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, recordemos que estos delitos están clasificados dentro de los *delitos financieros*, a o los que se ha integrado el *enriquecimiento ilícito*, que a la vez son materia de análisis por parte del Derecho Penal Financiero, el que a la vez es parte del Derecho Penal Económico. Delito financiero entendido por cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera.

⁴⁰ Resolución de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 del 19 de marzo de 2010

David Baygún y Pedro Biscay cuando se refieren a las normas penales contra el crimen económico afirman, que en el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos el soborno está contemplado de modo implícito, como fuente del patrimonio mal habido, que al no ser justificado hace presumir un origen espurio de los bienes, siendo difícil concebir al enriquecimiento ilícito sin actos previos corruptos⁴¹; para estos autores sufre perjuicio las finanzas públicas.

La legislación nacional se aparta de ese criterio al prever, que el *enriquecimiento ilícito* se produce por el incremento patrimonial de la o el funcionario público, que no justifique que son legalmente percibidos, delito con el cual no se perjudica financieramente, sino en el *funcionamiento de la administración pública, a su credibilidad, etc.*, de ninguna manera a las finanzas públicas.

Cabe recalcar, que el delito de *enriquecimiento ilícito*, pese a que su investigación gira en torno a dinero, bienes, etc., de ningún modo esos recursos son de propiedad estatal; en realidad, en esta infracción no se determina, quien facilita los recursos al funcionario público, para que incremente su patrimonio; si se descubriera que provienen del Estado, se continuaría investigando los hechos relacionados por cualquiera de las formas de *peculado* o delitos contra la administración pública; o de identificarse a la persona que entregó el dinero, bienes, etc., pasaría a investigarse por cohecho o concusión.

En la sentencia emitida en uno de los casos analizados sobre enriquecimiento ilícito (Gallardo 9), se reportó el depósito de dinero en un banco del exterior; los jueces al resolver, argumentaron *imposibilidad jurídica*, porque al estar el dinero fuera de los límites territoriales del Estado, donde la Contraloría al no tener jurisdicción ni competencia, no pudo investigar y presentar informe; aducen además, que no se debe sacrificar la justicia por la omisión de formalidades.

⁴¹ David Baigún y Nicolás García Rivas, editores, *Delincuencia económica y corrupción*, EDIAR, Buenos Aires, 2006, pág. 13-

La sentencia del citado caso (Gallardo 9), data de diciembre de 2009, frente a las resoluciones de la Corte Nacional que son del año 2010, pese a ello, creemos que el fallo dilucida el problema, de cuál de las resoluciones aplicar, recayendo en aquella que se refiere a los delitos financieros, donde no es necesario el informe previo de Contraloría con indicios de responsabilidad penal; sentencia que además, otorga mayor importancia a las elementos de convicción recogidos por la Fiscalía.

La resolución sobre procedibilidad genera un vacío legal, que se produce en la audiencia de formulación de cargos, donde el o la fiscal al no contar con el informe de Contraloría, la o el juez, facultado sólo para notificar con la instrucción a los sujetos procesales y a decidir sobre medidas cautelares; situación que escapa de lo previsto en la ley procesal, provocando que suspenda la audiencia hasta cuando la Fiscalía General del Estado consiga el informe para que solicite, por segunda ocasión, esa audiencia (ver anexo 5)⁴².

El Código Procesal Penal al referirse a la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen (Art. 226.4,2 CPP), establece reglas para, entre otras finalidades, resolver cuestiones referentes a la existencia de “requisitos de procedibilidad”, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso. De lo cual se deduce, que recién hasta ese momento procesal, se verifique la existencia del informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, lo implica que pudo o no existir para iniciar la instrucción.

En otro de los casos estudiados (Bermeo 2), el informe de Contraloría fue declarado *carente de eficacia probatoria*, pero no por haberlo presentado en la audiencia preparatoria de juicio, sino porque en la fase de investigación administrativa previa a cargo de Contraloría, el informe inicial no se hizo conocer al investigado, impidiendo su impugnación; además, porque el informe no ha sido ratificado en el juicio por el funcionario –jefe de equipo- que lo elaboró.

⁴² Segunda Sala de la Corte Nacional de Justicia, causa 703-GG-2010, Ministro de Transparencia y Gestión contra Walter Poveda Ricaurte, audiencia efectuada el 25 de septiembre de 2010

En el referido caso (Bermeo 2) se evidencia dos errores, el primero cometido por la Contraloría por no cumplir con el debido proceso establecido en la Ley de la Contraloría, la Ley sobre Declaraciones Patrimoniales y los respectivos Reglamentos, vigentes a esa fecha; y, el segundo, cometido por la o el Juez que aceptó como principio de prueba válido, aquel informe realizado con el menoscabo del debido proceso administrativo.

La ley no faculta a la o el juez que impida a la o el fiscal que ejerza la acción penal pública ante la existencia de otros elementos de convicción, por la falta de uno de ellos, que puede presentarse en forma posterior; la o el juez no puede atribuirse la facultad de la o el fiscal (Art. 195 CRE), e impedir el inicio de la acción penal pública.

De todo lo cual se deduce, que el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, no ha garantizado que la o el funcionario público investigado sea condenado lo que ratifica, que dicho informe es un elemento más de convicción, que puede impugnarse antes de ser calificado como prueba.

El vínculo que se ha generado entre la Contraloría y los tribunales, son los informes con indicios de responsabilidad penal, que en este tema son resultantes de la comparación de declaraciones patrimoniales juramentadas, es un elemento más de convicción, que puede descalificarse en la fase de indagación; como elemento de convicción impugnarse en la etapa de instrucción; y, de llegar a juicio, será ratificado por sus autores, además impugnado, porque sobre esa base, más el resto de prueba, después de ser valorada, el tribunal tomará la decisión.

2.2. LA PERSECUCIÓN: LA DENUNCIA; LA INVESTIGACIÓN DE LA O EL FISCAL: PRINCIPIOS QUE LA RIGEN

La persecución de esta conducta lesiva se efectuará conforme a un procedimiento cuya sustanciación se lo hará de acuerdo con el *sistema acusatorio*, originado en la Constitución Política de 1998 la que estableció, que en la sustanciación del proceso, se contradiga las pruebas mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios *dispositivo, de concentración e inmediación* (Art. 194 CPE).

Sobre la base de la Constitución Política se creó el Código de Procedimiento Penal el año 2000, vigente en su totalidad desde el año 2001⁴³; efectuándose varias reformas, con el propósito de implementar el *sistema acusatorio*; lo cual no se ha conseguido, pues el utilizado es un *sistema mixto*, pese al impulso del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial⁴⁴(en lo posterior COFJ), donde se establecen principios rectores, disposiciones fundamentales para la administración de justicia y el sistema oral.

La ley sustantiva penal aún no se ha reformado o derogado de manera íntegra, al tenor de los derechos, de los principios previstos en la actual Constitución, que creó una gama de aquellos, con garantías que aseguran el *debido proceso* (Art. 76 CRE); sobre cuya base debió culminar la instauración del *sistema acusatorio*, mas el resultado no ha sido el esperado.

Varias normas constitucionales permiten asegurar el *debido proceso* entre ellas: la potestad de administrar justicia; los principios de independencia interna y externa; autonomía; unidad jurisdiccional; gratuidad; publicidad; el sistema oral de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal, efectividad de las garantías del debido proceso, la tutela judicial efectiva; la sujeción de

⁴³ CPP, 2º inciso de la disposición final, “Este Código entrará en vigencia luego de transcurrido dieciocho meses desde su publicación en el Registro Oficial.”, el Código de publicó el 9 de marzo de 2009.

⁴⁴ Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo de 2009, capítulo II, artículos del 4 al 31

los jueces a la Constitución, a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, a la ley (Arts. 23, 25 COFJ); la aplicación del principio de la debida diligencia por los servidores judiciales; la responsabilidad de los jueces por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley (Arts. 167 a 169 CRE). Los que aplicarán desde el inicio mismo del proceso penal, el que puede activarse mediante la *denuncia*, acto procesal que merece tratarse en forma individual

2.2.1. La denuncia.

La legislación no establece un concepto sobre *la denuncia*, se limita a señalar, que existen denuncias verbales y escritas; la autoridad ante quien se presentará; quien puede presentarla; quien está prohibido de hacerlo; los datos que debe contener; la formalidad de su reconocimiento; que el denunciante no es considerado sujeto procesal; y, que puede ser declarada maliciosa o temeraria (Arts. 42 a 51 CPP)

Asumiremos que *denuncia* es la comunicación que hace una persona a una autoridad sobre un hecho que estima delictivo.

Es preciso conocer las causas iniciadas, conocidas, sustanciadas, resueltas por la Corte Nacional de Justicia (ex Corte Suprema de Justicia) en el período de diez años para investigar el delito de *enriquecimiento ilícito de servidores públicos*; encontramos que son quince, las que registradas desde el año 2003. En los años 2001, 2002, 2005, 2008 no hay causas ingresadas por éste delito.

Para conocer cuántos casos se originaron en denuncias, así como la forma en que han culminado, elaboramos el cuadro No. 4 denominado, “casos sobre enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos iniciados por denuncia, su culminación”; se contará como universo las quince causas mencionadas en el anexo No. 1; serán variables: “casos”, “iniciadas con denuncia”, “iniciadas por otra forma”, causas originadas en informe de Contraloría, informe

policial, etc.; “desestimados”; “sobreseídos”; “sentenciados”, con sentencia absolutoria o condenatoria.

CUADRO No. 4					
CASOS SOBRE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS INICIADOS POR DENUNCIA, SU CULMINACIÓN					
CASOS	INICIO CON DENUNCIA	INICIO POR OTRA FORMA	DESESTIMADOS	SOBRESEISDOS	SENTENCIA COND/ ABSOL
1, Caso Lozada		X			X /
2, Caso Bermeo	X				/ X
3, Caso Becerra		X			X /
4, Caso Calapucha	X				X /
5, Caso Bayas		X	X		
6, Caso Ortiz		X	X		
7, Caso Borja Gallegos	X		X		
8, Caso Borja Cornejo	X		X		
9, Caso Gallardo	X				X /
10, Caso Rivas		X	X		
11, Caso Villota		X			X /
12, Caso Gutiérrez	X		X		
13, Caso Dávila		X	X		
14, Caso Tsekush		X	X		
15, Caso Obaco		X	X		
TOTAL	6	9	9		C= 5 / A=1
Fuente: Elaboración personal, con información de la Corte Nacional de Justicia, secretaría de las salas 1 y 2 de lo Penal y archivo general					

Durante el período de diez años, comprendido entre el 2001 y 2010, seis procesos se han originado en denuncia; nueve causas se han iniciado por otra forma. Es reducido el número de casos por *enriquecimiento ilícito* iniciados por denuncia, no llega a una denuncia por año.

De las denuncias formuladas constatamos, que algunas de ellas *no tenían fundamento* para ser presentarlas, por cuanto no se demostró la existencia del ilícito; éstas culminaron por: desestimación, archivo, sobreseimiento, sentencia absolutoria.

En el cuadro construido se observa, que de los seis casos iniciados con denuncia, en tres (Borja Gallegos 7, Borja Cornejo 8, Gutiérrez 12) se han emitido resoluciones aceptando los pedidos de desestimación realizadas por los fiscales; en un caso (Bermeo 2) se ha dictado sentencia absolutoria; en dos casos (Calapucha 4, Gallardo 9) se han emitido sentencia condenatoria, la primera de ellas anulada. No se registra caso alguno que haya culminado mediante *sobreseimiento*.

2.2.2.1. Motivaciones políticas.

Corresponde identificar los motivos que permitan calificar, si las denuncias han tenido *motivaciones políticas*, que posiblemente se produzcan, por el sesgo político de los actores, o por el alto cargo público que desempeñaron.

El ejercicio de la política se ha venido a menos por sus actuaciones; esto se explica por la falta de requisitos elementales para acceder a estos cargos legislativos, porque sólo necesitan: ser ecuatorianos, mayores de 18 años, estar en goce de los derechos políticos (Art. 119 CRE).

En esa batalla política por abarcar votos, se ha utilizado cualquier medio para desprestigiar a los rivales políticos, entre ellas, la denuncia. Sobre la perspectiva de la decisión de la o el juez, se determinará si las denuncias tienen *motivaciones políticas*, se efectuará el cuadro 5 denominado “las causas de desestimación, sentencias absolutorias y condenatorias”; se contará como muestra los seis casos por *enriquecimiento ilícito* iniciados mediante denuncia.

Serán variables: “casos”; “transcurso del tiempo”; “no constituye delito”, no determina la existencia de infracción; “obstáculo insalvable”; “no existe fiscal superior”, este último motivo se produce sólo en los casos de fuero de Corte Nacional; y, “sentencia absolutoria”.

CUADRO No. 5						
LAS CAUSAS DE DESESTIMACIÓN, SENTENCIAS ABSOLUTORIAS Y CONDENATORIAS						
CASOS	TRANSCURSO DEL TIEMPO	NO CONSTITUYE DELITO	OBSTÁCULO LEGAL INSALVABLE	NO EXISTE FISCAL SUPERIOR	SENTENCIA ABSOLUTORIA	SENT. CONDENATORIA
1, caso Lozada						X
2, caso Bermeo					X	
caso 3, Becerra						X
4, caso Calapucha						X
5, caso Bayas		X				
6, caso Ortiz			X			
7, caso Borja Gallegos		X				
8, caso Borja Cornejo		X		X		
9, caso Gallardo						X
10, caso Rivas				X		
11, caso Villota						X
12, caso Gutiérrez		X				
13, caso Dávila		X				
14, caso Tsekush		X				
15, caso Obaco		X				
TOTAL		7	1	2	1	5

Fuente: Elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, 1ª y 2ª Salas Penales y archivo general

Tres casos (Borja Gallegos 7, Borja Cornejo 8, Gutiérrez 12) han sido desestimados por no constituir delito; dos de ellos (Borja Cornejo 8 y Gutiérrez 12) se aduce un motivo adicional, la inexistencia de un ente superior al Fiscal General del Estado, la ley no prevé un funcionario jerárquicamente superior a este funcionario, que pueda conocer los casos en los que la o el juez

no acepte la desestimación de la o el fiscal (Art. 39.3 CPP), o por considerar, que el requerimiento de desestimación es improcedente (Art. 38.8 CPP).

En los casos de fuero de Corte Nacional de Justicia, no puede aplicarse el mandato de la ley, de remitir el proceso al fiscal superior; situación que evidencia un vacío legal, que exige una reforma urgente de la ley procesal. Al haberse integrado la Fiscalía a la Función Judicial, podría el Consejo de la Judicatura ejercer esa atribución, o a través de delegados; sin embargo, creemos que se confundiría el ámbito administrativo con el judicial, por lo cual no resulta pertinente.

En los tres casos desestimados (Borja Gallegos 7, Borja Cornejo 8, Gutiérrez 12) las denuncias se han fundamentado en hechos mediáticos, por la alta función pública, los fundamentos han sido políticos, falsas imputaciones de delitos concretadas con el propósito de desprestigiar a los adversarios. Escándalos que significarán mayor audiencia para los medios de comunicación, como asevera Zaffaroni, “publicidad que coacciona a los políticos y hasta los propios jueces”⁴⁵.

Según el anexo No. 1, en tres casos (Bermeo 2, Gallegos 7, Borja Cornejo 8) el denunciante es la misma persona, un diputado en funciones; en dos casos (Gallegos 7, Borja Cornejo 8) los denunciados han tenido cargos de alto rango, Procurador General del Estado y Ministro de Finanzas; en el primer caso (Bemero 2) el denunciado ha sido Magistrado de la ex Corte Suprema de Justicia, el juicio ha concluido en sentencia absolutoria⁴⁶.

En un caso (Gutiérrez 12) el denunciante ha sido un ex ministro de Estado, el denunciado ha sido su propio nominador, un ex Presidente de la República.

La Constitución establece y garantiza la carrera fiscal (Art. 197 CRE), lo que significa, que una o un fiscal de primer nivel, en virtud de la carrera fiscal, podría llegar a máximos cargos,

⁴⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*, pág. 8, material de cátedra del profesor Matías Bailone en la maestría en Derecho Penal de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, 2010

⁴⁶ En esta causa el único recurrente es el acusado absuelto, porque el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía, no se fundamentó, declarándose su deserción.

como directora o director de asesoría jurídica, que generalmente, asume la función de Fiscal General del Estado Subrogante.

Con este antecedente, la reforma debe ser integral, al Código Orgánico de la Función Judicial, a la Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado y al Código de Procedimiento Penal, estableciendo la existencia, de acuerdo al orden jerárquico, de varios fiscales generales subrogantes, a cargo de los procesos de fuero de Corte Nacional, que de presentarse el caso de “consulta al superior”, se lo haga al Fiscal General del Estado; de esta forma se evitará la impunidad de tan importantes funcionarios que cometen actos de corrupción.

2.2.2. La investigación fiscal; principios que la rigen.

La persecución o investigación de los delitos de acción pública corresponde a la Fiscalía General del Estado, así establece la Constitución (Art. 195 CRE); con ese propósito se ha previsto varios principios que rigen esa investigación, entre ellos: (a) de trascendencia, (b) de objetividad, (c) de libre configuración de la instrucción, (d) de oportunidad, (e) de mínima intervención penal.

(a) Principio de trascendencia.

La Constitución al referirse a las tareas de la o el fiscal ordena, que durante el proceso la Fiscalía tiene la obligación de cumplir con dos funciones primordiales: (i) organizar y dirigir un sistema especializado de investigación integral, de medicina legal y ciencias forenses, con personal civil y policial; (ii) dirigir el sistema de protección y asistencia a víctimas, a testigos, en general, a los participantes en el proceso penal (Art. 195.2 CRE).

El poder de la o el fiscal en cualquier nivel es inmenso, entraña gran responsabilidad; sujeta a presiones de toda clase, que de no tener la preparación, experiencia, sabiduría, podrían

provocar un desempeño deficiente, como dice Miguel de Cervantes “los oficios y grandes cargos no son otra cosa sino un golfo profundo de confusiones”⁴⁷.

Confusiones provocadas por presiones de poderes externos, así lo confirma Luigi Ferrajóli al decir, “...porque cualquier condicionamiento del poder externo, por más acreditado que pueda estar ética y políticamente, no solo no contribuye al esclarecimiento de la verdad, sino por el contrario se opone a ese fin...”⁴⁸.

Estar revestido de esa alta función, traerán a esa autoridad problemas difíciles de resolver, pues ese cargo no es fácil; de cometer errores en el caso de la o el Fiscal General del Estado, podría llegar al enjuiciamiento político, a una posible censura; de suceder así, tendría que ser destituido, y enjuiciado penalmente de existir indicios de responsabilidad penal (Art. 131 CRE).

La investigación de la o el fiscal es trascendental para descubrir la verdad, cuenta con ayuda de personal técnico especializado, con laboratorios para análisis científico; resultados con los cuales podrá determinar, si existe un hecho ilícito, a sus autores, a sus participantes.

Las facultades del nuevo protagonismo de la o el fiscal, han tornado trascendente su intervención en el proceso penal, que difiere completamente del esquema previsto antes de la Constitución Política de 1998; función caracterizada por ser pasiva, restringida a emitir opiniones que no eran vinculantes, las que la o el juez podía omitir, y continuar la sustanciación del proceso sin dictamen fiscal (Art. 238.2 CPP-83).

Uno de los principios fundamentales, pilar del cambio empeñado en implementar el *sistema acusatorio*, es la *oralidad*, de la que no podía quedar fuera la fase de indagación previa, en la audiencia de formulación de cargos

Una de las aristas del proceso penal constituye las consecuencias resultantes de la investigación, que podrá afectar a todos los partícipes en la investigación; para controlar aquello

⁴⁷ Miguel de Cervantes Saavedra, *El Quijote de la Mancha*, frase extraída del capítulo XLII, consejos para el alma ofrecidos por Don Quijote a Sancho Panza, cuando fue elegido gobernador de la ínsula Barataria

⁴⁸ Luigi Ferrajoli, Op. Cit. pág. 544

la Fiscalía debe organizar y dirigir un sistema de protección y asistencia de víctimas, testigos y todos los participantes en el proceso penal.

Para establecer la trascendencia de la intervención de la o el fiscal, efectuaremos el cuadro 6 denominado, “trascendencia de la intervención la o el fiscal en la investigación”; contaremos como universo los quince casos sustanciados ante la Corte Nacional de Justicia.

Tendremos como variables: “causas”; “intervención oral”, las audiencias en las que la o el fiscal haya intervenido; “medidas cautelares”, detención, prisión preventiva, embargo, etc., que haya solicitado la o el fiscal; “desestimadas” la resolución de la o el fiscal solicitando el archivo de la indagación; “dictamen acusatorio”, base para emitir auto de llamamiento a juicio; y, “dictamen abstentivo”, permite sobreseer la causa en forma provisional o definitiva.

CUADRO No. 6					
TRASCENDENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE LA O EL FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN					
CAUSAS	INTERVENCIÓN ORAL	MEDIDA CAUTELAR	DESESTIMA	DICTAMEN ACUSATORIO	DICTAMEN ABSTENTIVO
1, Caso Lozada				X	
2, Caso Bermeo	X	X		X	
3, Caso Becerra	X	X		X	
4, Caso Calapucha				X	
5, Caso Bayas			X		
6, Caso Ortiz			X		
7, Caso Borja Gallegos			X		
8, Caso Borja Cornejo			X		
9, Caso Gallardo		X		X	
10, Caso Rivas			X		
11, Caso Villota	X	X		X	
12, Caso Gutiérrez			X		
13, Caso Dávila			X		
14, Caso Tsekush			X		
15, Caso Obaco			X		
TOTAL	3	4	9	6	
Fuente: Elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, 1ª y 2ª Salas Penales y archivo general					

En este cuadro se observa, que en tres casos se ha puesto en práctica el principio de oralidad, mediante audiencias en las que la o el fiscal ha intervenido; en cuatro casos la o el fiscal ha solicitado medidas cautelares. Las desestimaciones o pedido de archivo de la o el fiscal, se presentan en nueve casos, actuación que constituye la mayoría frente a las quince sustanciadas en el período de diez años.

La variable dictamen acusatorio se presenta en seis casos, que la o el fiscal debe formular en el acto más trascendental del proceso penal, la audiencia de juzgamiento; acusación que no asegura una sentencia condenatoria, aquello dependerá de la sustentación de la acusación, en la formulación de una teoría del caso, y porque el resultado depende del tribunal.

En ninguno de los quince casos materia de estudio, se ha emitido dictamen absteniéndose de acusar; la mayoría han sido de desestimación de indagaciones –nueve casos- contra seis casos en los cuales se han formulado acusación.

La trascendencia de la intervención del Fiscalía en la investigación, aflora en sus intervenciones durante el proceso, que con el detalle del cuadro descrito se conoce, que su intervención no solo se ha concretado en acusar, sino que respetando principios, derechos y garantías de los investigados, también ha desestimado.

(b) Principio de objetividad.

El *principio de objetividad* no se encuentra entre las garantías previstas en la Constitución (Art. 76 CRE); lo encontramos en el Código Procesal Penal, *principio* que consiste en la obligación que tiene la o el fiscal de presentar todos los elementos que haya recogido sobre el caso, sin importar que favorezca o perjudica a la o el investigado.

Principio de objetividad que acarrea al fiscal la obligación de obtener y presentar al proceso la documentación, vestigios y más elementos obtenidos en su investigación; carecerá de

importancia, que sirvan para desestimar una indagación, para iniciar una acción, para abstenerse, o para acusar, en su orden.

Toda persona tiene derecho a una justicia imparcial, pero para que aquella se imparta por la o el juez o tribunal, en materia penal es necesario, que la o el fiscal encargado de la investigación, acuse o se abstenga de hacerlo; con ese fin las actuaciones de la o el fiscal siempre se revestirán de objetividad.

Será inadecuada la actuación de la o el fiscal, si deja de lado ciertos elementos, para presentar sólo aquellos que sirvan para demostrar la existencia de la infracción, la responsabilidad del acusado; esta forma de actuar le alejará del principio de objetividad, que favorece o perjudica a los sujetos procesales, a la más débil, el investigado, imputado, acusado, según corresponda.

La ley obliga a la o el fiscal a actuar con absoluta *objetividad* (Art. 65 CPP), que concebido como principio, éste debe gobernar sus actuaciones, sentido en el que orientará la investigación, enmarcando todas sus actuaciones, bajo su estricta responsabilidad como director de investigación.

Se violará el *principio de objetividad* cuando la o el fiscal, no acepte los pedidos de diligencias o actos encaminados a obtener elementos que aclaren los hechos; si no facilita a los sujetos procesales todos los indicios o actuaciones para su análisis; si no presenta al juez todos los elementos recogidos en la investigación.

Acreditará el principio de objetividad, el facilitar el proceso, el expediente y todos los elementos de convicción recogidos en la indagación, o poniendo a disposición de los sujetos procesales en todo momento, no solo por haberse iniciado la instrucción.

La presentación de elementos sólo de cargo o de descargo, no garantizará que el fallo sea acorde con aquellos; situación que da mayor relevancia a las audiencias orales, ya en la

formulación de cargos, preparatoria del juicio y de juzgamiento; en las que, en el debate se controvertirá los elementos presentados todo aquello dará luces a la o el juez o tribunal en la valoración y reflexión de la prueba.

La o el fiscal aplicará el *principio de objetividad* en el momento oportuno, por ejemplo, presentará los elementos de descargo al formular la instrucción, o en la audiencia preparatoria del juicio; de hacerlo en la audiencia de juzgamiento se pondrá en desventaja, porque derrumbaría su *teoría del caso*.

c) Principio de libre configuración de la instrucción.

En la legislación procesal penal la disposición que se refiere al “objeto de la prueba” trata sobre la “libre configuración de la instrucción” cuando precisa, las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas (Art. 84 CPP); su aplicación debe resolverse mediante la sujeción y respeto de los principios, derechos y garantías constitucionales.

En la instrucción se practicará el número y la clase de diligencias que fueren necesarias para llegar a la verdad de los hechos, valga decir, investigar con ayuda policial, recibir versiones, recopilar elementos de convicción, evidencias físicas; todo lo cual permitirá establecer, en forma verosímil, la consumación o no de un hecho punible, así como la autoría o no de determinada persona.

Los medios para obtener prueba están limitados por el respeto al *debido proceso*, este contiene garantías básicas como: la presunción de inocencia; a no ser forzado a declarar contra sí; a ser juzgado sólo por actos u omisiones previstos como delitos en la ley; a realizar las pruebas conforme a la Constitución, conforme a la ley; en caso de duda o conflicto entre leyes, aplicar en sentido más favorable al reo; a la proporcionalidad entre la infracción y la sanción; el derecho a la defensa; a no ser juzgado dos veces por una misma causa; a acogerse al derecho al silencio; a ser juzgado sin dilaciones; a ser protegido como víctima o testigo; a la seguridad jurídica (Arts. 76 al 82 CRE).

Es preciso recordar que los principios y derechos previstos en la Constitución e instrumentos internacionales de Derechos Humanos son de directa e inmediata aplicación, por o ante cualquier servidor público, administrativo o judicial (Art. 11.3 CRE), para lo cual no será necesario pedido expreso, o que exista ley reguladora; cumplimiento que se podrá hacer por iniciativa de la autoridad respectiva; no servirá desconocer las normas como sustento para desechar acciones o negar el reconocimiento de derechos y garantías (Art. 426 CRE).

Las leyes sustantiva y adjetiva penales, leyes conexas, o cualquier otra ley, no podrá restringir el contenido de los derechos, de las garantías constitucionales; lo que en el ámbito de la investigación penal, no permite a la o el fiscal obtener elementos desconociendo leyes que restrinjan su obtención (Art. 11.4 CRE), podrá hacerlo siempre que sean actos que tengan conformidad o beneficien derechos, y garantías previstos en la Constitución.

También se debe precisar, que es la o el juez de garantías quien debe ponderar las diversas situaciones que se presenten en la investigación, cuidando que se preserve los derechos y garantías constitucionales de los investigados; valorando la legalidad, legitimidad, y constitucionalidad de las actuaciones de la o el fiscal en los conflictos penales.

En la realidad procesal, revisaremos si se aplica el *principio de libre configuración de la instrucción*, en ese afán efectuaremos el cuadro 7 denominado “derechos constitucionales que han sufrido detrimento”; utilizaremos como muestra los casos de fuero de Corte Nacional en los que se ha dictado sentencia.

El cuadro 7 tendrá como variables: “causas” dos casos de fuero de Corte Nacional de Justicia que se han emitido sentencia; “presunción de inocencia”, se materializa con el respeto a la libertad personal; “declarar contra sí”; y, “derecho al silencio”.

CUADRO No. 7			
DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE HAN SUFRIDO DETRIMENTO			
CAUSAS	2, Caso Bermeo	9, Caso Gallardo	TOTAL
PRESUNCIÓN INOCENCIA	X	X	2
DECLARAR CONTRA SI			
DERECHO AL SILENCIO			
Fuente: elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, Salas Penales 1, 2 y archivo general.			

La Corte Nacional de Justicia ha emitido sentencia en dos casos (Bermeo 2) absolutoria, (Gallardo 9) condenatoria; la restricción de la libertad ha solicitada por la o el fiscal, pedido que menoscaba la *presunción de inocencia* si ordena, que según la información, ha ocurrido en los dos procesos. En cuanto a las garantías de no ser obligado a declarar contra si, y el *derecho al silencio*, no se han presentado en estos casos.

De las tres variables consideradas el resultado demuestra, que la o el fiscal al ejercer el principio de *libre configuración de la instrucción*, en los casos de fuero de Corte Nacional, se ha irrespetado la *presunción de inocencia*, que como explicamos, la Constitución pone límite a través de la o el juez de garantías penales, que en los casos del ejemplo ha aceptado y ordenado la prisión preventiva. La o el fiscal, por su parte, cuidará que al aplicar normas procesales o sustantivas, beneficie la interpretación de normas constitucionales que favorezcan la efectiva vigencia de los derechos (Art. 11.5 CRE).

d) Principio de oportunidad.

La Constitución dota a la o el fiscal del *principio de oportunidad*, en su labor de ejercer la acción penal pública (Art. 195 CRE), mas para su aplicación exige, “poner especial atención al interés público y al derecho de las víctimas”; la ley por su parte dispone, que la o el fiscal

materialice este principio de dos maneras: absteniéndose de ejercer la acción penal, o suspendiendo la iniciada (Art. 39 CPP)⁴⁹.

En la reforma del Código Adjetivo Penal de marzo de 2009, se adiciona otras disposiciones para la aplicación del *principio de oportunidad*, las que consisten en: preservar los recursos de la Fiscalía y la protección de todos los sujetos procesales⁵⁰.

La o el fiscal podrá ejercer este principio en cualquiera de las etapas del *proceso penal*, en especial, en la fase preprocesal y en la etapa de instrucción, de modo que se evite causar más daño al investigado imputándole en la acción penal, o que llegue hasta la audiencia del juicio, en el cual podría afrontar la acusación sobre un hecho que no constituya delito.

Según la ley procesal para que la o el fiscal se abstenga de iniciar la instrucción o desista de continuarla, depende de circunstancias relacionadas con prohibiciones consistentes en: que la infracción no comprometa el interés público o de la sociedad; que la infracción no vulnere el intereses del Estado; y, que la pena prevista para el delito no sobrepase los cinco años de prisión (Art. 39.1.2 párr. 9º CPP).

La ley no precisa que se debe entender por *interés público*, que es mencionado como término sinónimo del denominado *interés social*; entendido como al interés que concierne a la ciudadanía, que debe contar con el suficiente presupuesto, que será perjudicado con la acumulación fraudulenta de capitales en funcionarios públicos de alta jerarquía, en perjuicio de la ciudadanía, al excluirle de la asignación de recursos públicos básicos para su desarrollo como educación, salud, etc.

A qué se cataloga como *interés del estado*, se entiende como al conjunto de atribuciones, derechos, bienes, etc., que son de exclusiva competencia del estado, integrados no solo por aspectos materiales, sino también inmateriales, como aquella observancia de los deberes de

⁴⁹ Reforma del Art. 39 del CPP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555 del 24 de marzo de 2009

⁵⁰Ídem, Art. 39, 9º párrafo, números 1) y 2)

probidad que deben tener los funcionarios en el desempeño de los cargos públicos, que de no hacerlo perjudicará al estado.

Desde esta perspectiva, el *delito de enriquecimiento ilícito* no producirá daño al *interés público o social*, pues recordemos, que el perjuicio al estado no es económico, sino en su orden, credibilidad, etc.; en cambio, si causará perjuicio al *interés del estado*, porque el daño excluye a lo material –económico-, pero si va en perjuicio de lo inmaterial –credibilidad- de la administración pública.

Para aplicar el *principio de oportunidad* en la sustanciación de las causas por el delito de *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, se considerará, que es un delito que no compromete al *interés público*; pero que si vulnera el *interés del estado*. Además, debemos tener en cuenta, que mientras la o el fiscal no formule acusación, no se habrá determinado, que efectivamente se haya cometido *enriquecimiento ilícito*, porque la o el fiscal aún no ha formulado *acusación* –dictamen acusatorio-; pues conforme a la ley, el momento procesal para aplicar el *principio de oportunidad*, es antes de iniciar la instrucción al abstenerse de iniciarla, o durante la instrucción, al suspender la acción penal iniciada.

Verificaremos la aplicación del *principio de oportunidad*, con el cuadro 8 denominado “circunstancias que permitan o no abstenerse de iniciar o desistir de continuar la instrucción”; contaremos con siete pedidos de la o el fiscal a partir de la reforma procesal de marzo de 2009, que determina el momento de aplicar este principio; serán variables: “no comprometa el interés público”; “no vulnere el interés del Estado”; “tenga una pena máxima de cinco años de prisión”.

CUADRO No. 8			
CIRCUNSTANCIAS QUE PERMITAN ABSTENERSE DE INICIAR O DESESTIR DE CONTINUAR LA INSTRUCCIÓN			
CAUSAS	NO COMPROMETA EL INTERÉS PÚBLICO	NO VULNERE EL INTERES DEL ESTADO	TENGA LA PENA MÁXIMA CINCO AÑOS PRISIÓN
9, Caso Gallardo	X		X
10, Caso Rivas	X		X
11, Caso Villota	X		X
12, Caso Gutiérrez	X		X
13, Caso Dávila	X		X
14, Caso Tsekush	X		X
15, Caso Obaco	X		X
TOTAL	7		7
Fuente: elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, Salas Penales 1, 2 y archivo general.			

La variable *no vulnere el interés del estado*, es un impedimento presente en los siete casos, constituyéndose en la prohibición por la cual, la o el fiscal no pudo aplicar el *principio de oportunidad*; lo contrario sucede con las restantes variables, que se refiere a *no comprometer el interés público o social*, y a la sanción, que en el caso del *enriquecimiento ilícito*, está penado de dos a cinco años de prisión, motivo que no es afectado por la prohibición, porque no sobrepasa los cinco años de prisión.

En los casos revisados, resultan contrarias las condiciones para ejercer el *principio de oportunidad*, porque el enriquecimiento ilícito es un delito que perjudica al Estado, vulnera su interés, y además compromete el interés público. En consecuencia, únicamente no se vulnera el aspecto que se refiere a la sanción penal del ilícito, pues tiene como límite máximo la pena de cinco años de prisión.

Tomando en cuenta el momento, que establece la ley procesal como oportuno, para aplicar el *principio de oportunidad*, se lo hará: absteniéndose de iniciar la acción, antes de la instrucción, que se concretará con la desestimación o archivo; o, suspendiendo la iniciada, durante la instrucción, que lo hará al abstenerse de acusar. En consecuencia, un motivo no

permite aplicar el principio de oportunidad, *no vulnera el interés del estado*; contra dos motivos que autorizan su aplicación, porque *no compromete el interés del público*, y porque la pena prevista para este delito asciende *hasta cinco años de prisión*.

De los siete casos analizados, en dos (Gallardo 9 y Villota 11) no se ha aplicado el *principio de oportunidad*, por se llegó a la emisión de sentencia, en los dos condenatoria. En los cinco casos restantes la o el fiscal ha solicitado, la desestimación o archivo de la indagación, solicitud aceptada por los jueces de la Corte Nacional de Justicia. Resaltando, que no se llega a este resultado, mediante la aplicación del *principio de oportunidad*, puesto el Fiscal General del Estado ha formulado motivaciones distintas, que sustentan en el referido principio.

Finalmente, creemos que el *principio de oportunidad*, implementado como reforma procesal en marzo de 2009, deberá aplicarse en todos los casos, pese a que la indagación previa se hayan iniciado antes de la reforma, en sujeción a la garantía constitucional del *in dubio pro reo*, o aplicación de la ley más favorable al infractor aun cuando su promulgación sea posterior (Art. 76.5 CRE, Art. 2.5 CPP)

e) Principio de mínima intervención.

Este principio también lo prevé la Constitución (Art 195 CRE), en realidad son las políticas públicas del Estado que son plasmadas en leyes, en el caso de las procesales penales, aplicará la o el fiscal en el ejercicio de la acción penal pública; *principio de mínima intervención penal* que otorga especial atención al interés público, a la sociedad, a los derechos de las víctimas.

Este principio de *mínima intervención penal* se constituye en un límite al poder punitivo del Estado, en términos garantistas es el *Derecho Penal de última ratio*; pretende reducir el número de conflictos con caracteres delictuales que ingresen como objeto de investigación por las entidades estatales encargadas de administrar justicia. El propósito es que lleguen a

investigación los casos que en verdad merezcan una pena; que sea una respuesta racional a la solución de conflictos penales donde el daño social o interés público sea mínimo.

El principio de *mínima intervención* es parte del *principio de proporcionalidad*, a éste se lo puede definir como la prohibición del exceso; se lo asocia con la determinación de la pena. Sobre este principio Ramiro Ávila afirma, "...es una garantía interpretativa de los *derechos humanos*, actividad que concierne a todos los poderes públicos; al legislativo creando tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el bien que restringe"⁵¹.

La aplicación del principio de *ultima ratio* también implica, que se utilice al Derecho Penal siempre que no haya sido posible solucionar el *conflicto* a través de otros cuerpos normativos, si estos brindan la protección debida al bien jurídico, no será necesario imponer una sanción penal; porque si la pena no protege al bien jurídico, de nada sirve imponerla, en la especie, después de haberse perseguido por el *delito de enriquecimiento ilícito*, pese a ser sancionado el infractor, no se recuperará la credibilidad de la entidad pública, que es el bien jurídico tutelado.

El principio de *mínima intervención penal* se acerca a la *política criminal*, ésta se reducirá al mínimo indispensable para el *control social*; tema que atañe resolver a la o el legislador, mediante la propuesta e interpretación de normas penales; no se puede invadir ese campo, o contrariar interpretaciones realizadas conforme a la ley, en su lugar, deben ceñirse a su texto; solo de existir duda, se aplicará la ley que más favorezca a la o el infractor.

La ley sustantiva penal (Art. 4 CP) obliga al juez, que para aplicar la ley la interprete en forma restrictiva, norma ambigua cuya creación responde a un marco constitucional diferente del que nos encontramos en la actualidad, donde se prevé la existencia de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que según Ramiro Ávila, permite al juez, ponderando, argumentando,

⁵¹ Ramiro Ávila Santamaría, *Revista de Derecho Foro No. 8*, en ¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2007, pág. 57

aplicando la Constitución, pueda llegar a desconocer un tipo penal⁵², sin embargo, las o los fiscales y jueces no ejercen esa facultad, se opta por ceñir las decisiones judiciales a la norma penal en forma estricta.

La o el fiscal de enfrentar estos casos, conforme al principio de *mínima intervención penal*, con categoría constitucional, priorizará el *interés público*, el derecho de las víctimas, sobre cuya base, se abstendrá de iniciar o se excusará de continuar la instrucción penal, en forma fundamentada.

Queda claro entonces, que el principio de *mínima intervención penal*, como *Derecho Penal de última ratio*, corresponde a la o el fiscal se sujetará, aplicar las normas penales previamente establecidas, que lo limita a abstenerse de iniciar la acción penal o instrucción, o a suspender la instrucción iniciada, en consideración al *interés público o social*, o al *derecho de las víctimas*.

Es el legislador al que compete formular tipos penales, determinar los límites dentro de los cuales pueda intervenir el Derecho Penal; tarea que es el resultado de que la o el legislador ejerza una planificada *política criminal* encaminada a que norma penal se restrinja a intervenir en casos extremos, de modo que establezca que el estado tenga una *mínima intervención penal*.

⁵² Ramiro Ávila, op. Cit., pág. 65, refiriéndose a la inconstitucionalidad de algunos tipos penales, cuestiona al delito que reprime al acto “quemar la bandera”, al comentar el hecho ocurrido en el proceso de provincialización de Santa Elena, sobre el que se originó un proceso penal

2.3. LA DEFENSA; TEORÍA DEL CASO; EL JUICIO.

Todas las personas tienen derecho a ejercer su defensa en los procesos judiciales que intervengan, en la materia que fuere; en lo penal, pueden ejercer ese derecho todos los sujetos procesales, donde la parte más débil de la relación procesal, es la o el imputado. Para el ejercicio de su *derecho a la defensa*, se han previsto varias garantías constitucionales (Arts. 76.7, 77.7 CRE), al respecto Jorge Paladines dice, que un derecho que implica acceder a una jurisdicción sin discrimen, a una tutela judicial efectiva, respetando el derecho de las partes⁵³.

Dentro del *derecho a la defensa* se garantiza: ser escuchado en el momento oportuno; a procedimientos públicos; a no ser interrogado sin la presencia de abogada o abogado; a presentar de forma verbal o escrita razones o argumentos; a no ser juzgada o juzgado más de una vez por la misma causa y materia; a resoluciones motivadas; a ser informado en forma previa de acciones y procedimientos en su contra; a acogerse al silencio; a no ser forzado a declarar contra sí, cónyuge, pareja o parientes; a que no se exceda el plazo razonable de la prisión preventiva.

Ecuador fue objeto de decisiones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por no respetar *el plazo razonable de la prisión preventiva y el plazo para juzgar*. En el caso Tibi, que ante la violación de Ecuador de varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁴, resolvió condenarle a indemnizar y a efectuar varias actuaciones reparatorias.

Para salvaguardar este derecho la Constitución creó la *Defensoría Pública* (Art. 191 CRE); entidad que le compete auxiliar a quienes no cuentan con los medios suficientes para

⁵³ Jorge Vicente Paladines, ¿Fiscal General o General Fiscal, en *La Transformación de la Justicia*, serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, imprenta V&M Gráficas, Quito, 2009, pág. 289

⁵⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia el 7 de septiembre 2004 en el caso seguido el ciudadano francés Daniel Tibi contra el Estado Ecuatoriano, en la que se condenó a Ecuador a indemnizar al demandante, familia y amigos, entre otras reparaciones, por violación de los artículos 5, 7, 8, 21 y 25 de la Convención Americana, todos en relación con el artículo 1.1 de dicha Convención, así como por la inobservancia de las obligaciones establecidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio del señor Daniel Tibi. Asimismo, fue declarada la violación del artículo 5.1 de la Convención Americana.

contratar abogadas o abogados particulares; *defensoría* que está facultada a intervenir para garantizar el *derecho a la defensa* de las o los investigados.

Este *derecho a la defensa* es una de las principales características de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia (Art. 1 CRE), denominación que se convierte en el principio constitucional esencial sobre el cual se levanta la organización política y jurídica del Estado⁵⁵.

2.3.1. Defensa Técnica.

En la praxis el *derecho a la defensa* estará presente desde el inicio de la investigación penal hasta la ejecución de la sentencia; con esa finalidad la *Defensoría Pública* debe reunir ciertas condiciones, como ser *técnica, jurídica, oportuna, eficiente, eficaz, gratuita* (Art. 191.2 CRE); debe estar presente en todas las materias del Derecho, de manera particular, en el campo penal.

El Código Adjetivo Penal prevé esta garantía, de una forma precisa al afirmar, que el *derecho a la defensa* debe ser *técnico*; a la vez faculta a la o el juez, que autorice previa solicitud, que la o el investigado ejerza su propia defensa; asegurando su precisión e idoneidad, con la presencia de una o un *defensor público*, actuación que se limitará a observar, que la defensa sea realizada en forma eficaz (Art. 12 CPP).

El *defensor público* debe corregir la actuación errada o deficiente de la o el imputado o de la o el acusado que ejerza en la audiencia; deberá organizarla de una forma técnica, jurídica, de manera que la o el juez le permita introducir los elementos de convicción en la audiencia de formulación de cargos; a anunciar la prueba en la audiencia preparatoria del juicio; y, a controvertir, impugnar, e ingresar prueba en la audiencia de juzgamiento.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia No. 001-10-PJO-CC, causas escogidas por “auto selección”, en aplicación del Art. 426.6 de la CRE y Art. 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el SRO No. 351 del 29-dic-2010

El Código Orgánico de la Función Judicial en el capítulo de la *Defensoría Pública*, determina sus funciones, que se resume en la obligación de garantizar a las personas el *derecho a una defensa de calidad, integral, ininterrumpida, técnica y competente* (Art. 286.2 COFJ), con lo cual se reitera y amplía el ámbito de este derecho constitucional.

El Estado debe proporcionar a las personas que carecen de medios económicos, una *defensa técnica penal*, de no ser especializada traerá graves consecuencias, como permitir que se condene a un inocente, que se anule el proceso, etc.

La etapa preprocesal se concentra en reunir vestigios; que por ser una investigación anticipada al proceso penal, no es imprescindible la intervención de defensoras o defensores; sin embargo, las personas inmersas en la investigación pueden ser asistidas, concretándose en revisar las actuaciones de la o el fiscal, intervenir en diligencias, presenciar los interrogatorios (Art. 76.7.e, g). Por tanto, desde la etapa preprocesal las personas podrán ejercer el *derecho a la defensa*.

Si del resultado de la indagación la o el fiscal considera, que los elementos obtenidos le sirvan como fundamento para formular la imputación, en audiencia de formulación de cargos resolverá iniciar la instrucción; audiencia en la que a falta de abogada o abogado particular, intervendrá la o el *defensor público*, para garantizar el *derecho a la defensa*⁵⁶.

Los parámetros dentro de los cuales puede intervenir una defensa técnica son: control de la prueba a ser valorada por el tribunal; realización de prueba de descargo; valoración de la prueba; valoración jurídica; efectuar prueba anticipada; que el tribunal superior no empeore la situación de la o el recurrente⁵⁷, prohibición de declarar contra si; a que no se juzgue más de una vez por la misma causa⁵⁸.

⁵⁶ CPP, Art. 217, sustituido por Art. 54 de la Ley Reformatoria publicada en Registro Oficial Suplemento No. 555 de 24 de Marzo de 2009

⁵⁷ Principio que se conoce como *refomatio in peius*, contenido en la CRE, Art. 77, número 14)

⁵⁸ Principio conocido como *nom bis in ídem*, consta en la CRE, Art. 76, número 7, letra j)

La realización de prueba de descargo, es una manifestación del derecho a la defensa; prueba que será presentada en la audiencia oral para ser debatida por los sujetos procesales que intervengan, por tanto, no deberá ser impertinente o excesiva.

La valoración de la prueba dependerá del sentido que la o el defensor haga sobre aquella, dirección en la cual se pretende que el tribunal falle, facultad que cuenta la o el defensor de la o el acusado, así como la o el patrocinador de la o el querellante, o la o el fiscal.

En cuanto a la valoración jurídica, es el significado jurídico del comportamiento, que se considerará según la o el sujeto procesal que se trate, si se ha verificado o no, en el caso de la o el fiscal, se dirigirá a determinar la pena; en cambio, la o el acusado la dirigirá a su absolución; valoración jurídica que servirá para contestar o debatir los argumentos de los demás sujetos procesales sobre la base de lo reconstruido en el juicio.

Para establecer si en la práctica se ha hecho efectivo el *derecho a la defensa*, con las resoluciones escogidas para estudio, intentaremos determinar, si las o los investigados, imputados o acusados, contaron con una *defensa técnica penal*; construiremos el cuadro 9 denominado, “Presencia de defensa técnica penal”; se tendrá como universo los quince casos sustanciados por la Corte Nacional de Justicia por el delito de *enriquecimiento ilícito de servidores públicos*.

Formulamos las siguientes variables: “clase de proceso”, si es indagación, instrucción o juicio; “defensor particular”, si designó abogado defensor; “presenta a) elementos de convicción, b) pruebas”; e, “impugnaciones o recursos”, apelación, casación, revisión.

CUADRO No. 9				
PRESENCIA DE DEFENSA TÉCNICA PENAL				
CAUSA	CLASE DE PROCESO	DEFENSA PARTICULAR	PRESENTA ELEM. CONVICCIÓN, PRUEBAS	IMPUGNA O RECURSOS
1, Caso Lozada	Juicio	X	X	X
2, Caso Bermeo	Juicio	X	X	X
3, Caso Becerra	Juicio	X	X	X
4, Caso Calapucha	Juicio	X		
5, Caso Bayas	Indagación		X	
6, Caso Ortiz	Indagación		X	
7, Caso Borja Gallegos	Indagación		X	
8, Caso Borja Cornejo	Indagación	X	X	
9, Caso Gallardo	Juicio	X	X	X
10, Caso Rivas	Indagación		X	
11, Caso Villota	Juicio	X	X	X
12, Caso Gutiérrez	Indagación		X	
13, Caso Dávila	Indagación		X	
14, Caso Tsekush	indagación			
15, Caso Obaco	Indagación			
TOTAL	J=6 / IP=9	7	12	5
Fuente: elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, Salas Penales 1, 2 y archivo general.				

En la variable clase de proceso, seis son juicios (j), y nueve son indagaciones previas (ip); la variable “defensa particular” se ha presentado en siete casos, seis son juicios, uno (Borja Cornejo 8) es indagación previa; contra ocho casos, que corresponden a indagaciones, donde la defensa particular no ha estado presente.

En doce casos se han presentado elementos de convicción o prueba, cuatro de esos casos son juicios, ocho son indagaciones donde se han presentado elementos de convicción; en los tres casos restantes, uno es juicio y dos son indagaciones, en los que no se ha presentado pruebas o elementos de convicción, respectivamente.

Seis casos se han impugnado o formulado recursos, los que corresponden a juicios resueltos con sentencia, un juicio (Calapucha 4) que por no fundamentar el recurso de casación, se ha declarado su deserción, lo que equivale a no haberlo interpuesto; nueve casos son resoluciones de *desestimación*, que pese a ser autos, no son impugnables (Art. 39.3 CPP).

La *defensa técnica penal* se ejercerá durante todo el proceso, porque la o el investigado puede enfrentar un arbitrario procedimiento, con menoscabo de garantías y derechos constitucionales; son las reglas de procedimiento que permiten ejercer el derecho de impugnar en el momento indicado.

El resultado que ofrece ésta revisión de casos reales, realizada desde la indagación hasta la emisión de resoluciones -autos o sentencias-; la garantía de la *defensa técnica penal* se ha presentado en la mayor parte de casos, tomando en cuenta que la defensa particular no se ha presentado en ocho indagaciones; en tres casos no han presentado elementos de convicción o pruebas; y, solo un caso de los juicios no se ha impugnado.

Por mandato constitucional, quien rinde versión libre y declaración debe hacerlo con la presencia de abogada o abogado; en los demás actos investigativos no es obligación de las o los defensores públicos estar presentes, en ese sentido Jorge Paladines afirma, “Es sustancial garantizar la defensa técnica al procesado, de lo contrario, se desnaturalizaría el principio de que *nadie puede ser juzgado sin que se oiga su defensa y de que nadie puede ser condenado sin ser antes oído y vencido en juicio...*”⁵⁹

2.3.2. Teoría del caso.

La o el juez o tribunal debe estar ajeno al conflicto, esto por expresa disposición constitucional, la Fiscalía en forma exclusiva debe dirigir, de oficio o a petición de parte, la

⁵⁹ Jorge Vicente Paladines, op. Cit. Pág. 289, el autor se refiere a la etapa del juicio, pero la advertencia es aplicable para cualquier fase, en el caso, en la indagación

investigación preprocesal, procesal, acusar de haber méritos, e impulsar la acusación durante la sustanciación del juicio penal (Art. 195 CRE).

Esta determinación Constitucional otorga a la Fiscalía la titularidad de la acción penal, desde el inicio de la investigación; en la que pueden intervenir en forma directa, a más de la o el fiscal, los llamados “partes” -término propio del campo civil- conformado por: al sujeto pasivo de la infracción perjudicada o perjudicado; al sujeto activo de la infracción investigada; la o el fiscal; la o el querellante o acusador particular; quienes tienen la facultad de solicitar y practicar actos procesales.

Concluida la sustanciación de la investigación penal, los sujetos procesales deben analizar, preparar y presentar los elementos que hayan recogido desde el inicio de la investigación; plantear los hechos, introducir la prueba, acusar la autoría o solicitar la ratificación de la inocencia de la o el acusado, respectivamente. La forma como se presente la o el sujeto procesal el hecho y las pruebas, denomina la doctrina, *la teoría del caso*.

Los autores Andrés Baytelman y Mauricio Duce afirman, que la *teoría del caso* “es sobre todo un punto de vista; es un ángulo desde el que se ve toda la prueba, un sillón cómodo y mullido desde el cual se aprecia la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo”⁶⁰. Este sillón mullido debe ser facilitado por los sujetos procesales cuando propongan su caso a la o el juez o tribunal, en especial, en la audiencia oral de juzgamiento.

La ley procesal ecuatoriana no se refiere en forma expresa a la *teoría del caso*; sin embargo, en las reglas sobre la audiencia del juicio establece: que la o el fiscal y la o el acusador particular, expongan el motivo de su acusación, relatando los hechos de manera circunstanciada, sin emplear inventivas contra la o el acusado y concluyan solicitando la práctica de pruebas

⁶⁰ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal y Juicio Oral*, Chile, 2006, Ediar Editores Ltda., pág. 55

específicas (Art. 286, Art. 290 CPP). La o el acusado por su parte debe, relatar los hechos, las circunstancias que le favorezca, y concluya pidiendo la práctica de pruebas (Art. 297 CPP).

Carlos Roberto Solórzano Garavito otorga a la *teoría del caso* una característica general, aplicable por la acusación o la defensa, pues afirma, “La teoría del caso es el planteamiento de cada parte sobre los hechos, las pruebas y su connotación jurídica, y permite determinar cuáles son los hechos relevantes conforme a las descripciones abstractas del legislador sobre las conductas punibles”⁶¹, criterio que permite ejercer *la teoría del caso* por cualquiera de los sujetos procesales.

El autor continúa explicando, que una *teoría del caso* de ningún modo puede ser inflexible, debe contar con un reducido número de pasos, presentarse en forma oral en la audiencia de juzgamiento, de manera eficiente y eficaz, empleando una buena argumentación jurídica, utilizando un pensamiento lógico jurídico, de modo que se traslade en forma clara las ideas a la o el juez o tribunal; de hacer valer sus pretensiones, le asegurará el éxito.

F. Lee Bailey se refiere al tema como, “la preparación del caso” al afirmar, “La preparación es un trabajo agotador, laborioso y, a veces, decepcionante, pero es una obligación sagrada...”⁶², de no actuar así las o los defensores o la o el fiscal, la defensa o acusación, estará destinada a fracasar. Para asegurar el éxito se debe hacer una estructura de la *teoría del caso*, que para Solórzano Garavito⁶³, su construcción debe ser bien elaborada, con ese fin plantea cinco pasos definidos:

⁶¹ Carlos Roberto Garavito Solórzano, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2005, pág. 81

⁶² F. Lee Bailey, *Cómo se ganan los juicios, el abogado litigante*, México, 2007, editorial Limusa S.A., pág. 97

⁶³ Op. cit., Carlos Roberto Solórzano Garavito, págs. 86 - 94, sobre la investigación de los hechos distingue: (a) Son hechos relevantes porque se debe centrar el esfuerzo para probarlos, tiene que generar la atención del juez, donde se identificará: sujetos involucrados, circunstancias de tiempo, escenario del crimen, móvil o motivo de la conducta; (b) Son hechos no relevantes los superfluos, que no tienen importancia frente a la teoría del caso; (c) Son hechos asentados los que a la vez tienen la condición de relevantes, pero no admiten discusión, son aceptados sin que importe la teoría del caso; (d) Los hechos que generan controversia, son sobre los que se practicará la prueba y el debate

(1) En la investigación de los hechos se debe distinguir: (a) hechos relevantes, donde encontramos los sujetos, las circunstancias de tiempo, los espacios o lugares, el móvil o motivo; (b) hechos no relevantes; (c) hechos asentados; (d) hechos que generan controversia.

(2) La investigación jurídica surge como exigencia de la investigación de los hechos; determinando el contexto jurídico, que se acreditarán con la teoría del caso; se buscará la respuesta jurídica; se establecerá la conducta a través de la estructura del delito de acuerdo a la teoría del delito afín.

(3) Identificar fortalezas y debilidades, cual radiografía permitirá decidir los aspectos en los cuales se pondrán más énfasis en probar o desvanecer, según corresponda.

(4) Formular tesis y antítesis, considerando la propia tesis y la del contendiente; se pondrá en la posición del otro sujeto procesal, para dar fuerza a la propia posición.

(5) Planificar cómo probar la teoría, para dirigir los mayores esfuerzos; controvertir la del oponente, con las pruebas conducentes, pertinentes, para acreditar la historia; demostrando que la teoría tiene un contexto de realidad.

De los juicios sobre enriquecimiento ilícito, una causa de fuero de Corte Nacional ha concluido en sentencia condenatoria (Gallardo 9), dentro del período de diez años (2001 a 2010), que fue emitida después de practicarse la audiencia de juzgamiento, en la cual los sujetos procesales, en particular la o el fiscal, debió presentar su *teoría del caso*.

Sobre la base de la sentencia condenatoria construiremos otro cuadro de acuerdo a los términos técnicos jurídicos planteados por Solórzano Garavito, se denominará, “exposición de la teoría del caso”, dividido en tres partes: 1. Nivel fáctico, 2. Nivel jurídico, y 3. Nivel probatorio.

Iniciamos con el cuadro 10.1 nombrado como “1 nivel fáctico”, siempre desde la perspectiva del o la fiscal, buscaremos similitudes que se acerquen a la propuesta del referido autor; contamos como muestra con el caso de fuero de Corte Nacional de Justicia en el que se

dictó sentencia condenatoria; formulamos las variables: “causas”; “hechos relevantes”; “hechos no relevantes”; “hechos aceptados”; y, “hechos controvertidos”.

CUADRO No. 10.1				
EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO				
1. NIVEL FÁCTICO: INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS				
CAUSAS	HECHOS RELEVANTES	HECHOS NO RELEVANTES	HECHOS ACEPTADOS	HECHOS CONTROVERTIDOS
9, Caso Gallardo	9.1. sujetos X 9.2. circunstancias de tiempo X 9.3. espacios o lugares X 9.4. móvil o motivo X	X	X	X
Fuente: elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, Salas Penales 1, 2 y archivo general.				

Verificamos que se han presentado todos los aspectos relativo a los “hechos relevantes”, como sujeto activo un funcionario público (Gallardo), sujeto pasivo la administración pública (Ministerio de Finanzas); circunstancias de tiempo, espacios o lugares Quito-Ecuador y Panamá-Panamá; móvil o motivo, incrementar la cuenta del procesado en una cuenta de su propiedad en un banco de Panamá mediante la transferencia de dinero.

En cuanto al detalle de hechos sin importancia o “hechos no relevantes”, es la mención de otro juicio penal ajeno al caso juzgado (padre Flores), sin aporte al juicio; sobre los hechos que es imposible negar o “hechos aceptados”, es el monto del enriquecimiento (USD \$ 1.433.264,53); sobre los “hechos controvertidos”, el detalle del reporte del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional Unidad de Análisis Financiero, sustento para el inicio de la acción penal y juzgar.

En el mismo tema “exposición de la teoría del caso”, efectuamos el cuadro, denominado “2. nivel jurídico: investigación jurídica”; contamos con las variables: “causas”, “teoría causalista”, “teoría finalista”, y “teoría funcionalista”; las que estructuran al delito en las

denominadas categorías dogmáticas, dentro de las que pueden variar sus elementos, siendo la ubicación del dolo el punto de controversia; teorías sobre la cuales efectuaremos, una exegética explicación:

*El Causalismo o teoría clásica del delito*⁶⁴, gira en torno al nexo causal entre la infracción y el resultado, permite hablar de error de hecho y error de derecho; participa de la estructura del delito en sus tres fases; en esta teoría el dolo y la culpa se encuentran en la fase denominada “culpabilidad”.

*El Finalismo o Teoría de la Acción*⁶⁵, tiene fundamento lógico-objetivo o lógico-material en la finalidad que ha guiado la conducta del sujeto para la lesión del bien tutelado; la acción humana es ejercicio de actividad final; la acción es por eso acontecer final. Acepta la división tripartita del delito; propugna que el *dolo*⁶⁶ y la *culpa* son componentes de la *tipicidad*, formando el tipo subjetivo.

*El Funcionalismo*⁶⁷ incorpora el concepto de riesgo en la tipicidad, mediante la Teoría de la Imputación Objetiva; el riesgo jurídicamente desaprobado se produce cuando se vulnera las expectativas normativas. Tiende a una radical normativización de conceptos; con esta teoría las normas definen la identidad de la sociedad, de modo que atentar contra la norma es atentar contra la sociedad.

Hecha la explicación, a continuación efectuaremos el cuadro 10.2 sobre el *nivel jurídico*, donde contamos como variables a las mencionadas teorías dogmáticas, se intentará encontrar las partes de la estructura del delito que se cumplan, conforme a los planteamientos que se hagan en

⁶⁴ El Causalismo también conocida como Escuela Liberal, los representantes son: la corriente italiana llamada Escuela Positivista Italiana con: Francesco Carmignani (Elementos de Derecho Criminal), Francesco Carrara (Programa del Corso di Diritto Criminale), César Lombroso (El hombre delincuente), Enrico Ferri (El delincuente nato), Rafael Garófalo (Guerra al delincuente). La corriente alemana con sus representantes: Franz von Liszt (Positivismo criminológico), Karl Binding (Positivismo jurídico), y Ernest von Beling

⁶⁵ El máximo representante del Finalismo es Hanz Welzel con su obra, Teoría General de la Acción

⁶⁶ Se cambia de lugar al dolo, pasa a ser un elemento del tipo subjetivo, integrante de la fase de la tipicidad

⁶⁷ Claus Roxin y Günter Jacobs, son exponentes del Funcionalismo o Teoría de la Imputación Objetiva

la sentencia del caso escogido para estudio (Gallardo 9); de aquello quedará en evidencia la teoría dogmática a la que se haya inclinado la Fiscalía.

CUADRO No. 10.2			
EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO			
2. NIVEL JURÍDICO: INVESTIGACIÓN JURÍDICA			
CAUSAS	CAUSALISTA	FINALISTA	FUNCIONALISTA
9, Caso Gallardo	1.1.Tipicidad:	X	1.1.Tipicidad:
	1.2.Antijuridicidad:	X	1.2.Antijuridicidad:
	1.3.Culpabilidad:	X	1.3.Culpabilidad:
Fuente: elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, Salas Penales 1, 2 y archivo general.			

En este caso, la Fiscalía se inclinó al Finalismo, en razón de que se probó la existencia de las tres categorías dogmáticas: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, siendo la primera categoría la tipicidad, en la cual se ha analizado el dolo, cuando se refiere al objeto, al afirmar que ha utilizando ardides sobre el origen del dinero que incrementó su cuenta bancaria en Panamá

Finalmente el cuadro 10.3 sobre el “nivel probatorio”, tercer aspecto del tema general teoría del caso; se cuenta con las variables: “causas”, “prueba conducente” e, “historia real”.

CUADRO No. 10.3		
EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO		
3.NIVEL PROBATORIO		
CAUSAS	PRUEBA CONDUCTENTE, PERTINENTE	O HISTORIA REAL
Caso 9 Gallardo	X	X
Fuente: elaboración personal con información de la Corte Nacional de Justicia, Salas Penales 1, 2 y archivo general.		

El fiscal ha presentado testimonios, documentos, informes, acreditando el alto cargo del procesado, que ha trasferido sumas inmensas sumas de dinero al exterior, que produjo

incremento desmesurado de su patrimonio, con lo cual cumple con lo que la *teoría del caso* denomina, *prueba conducente o pertinente*; acreditó hechos reales, mediante la formulación una historia real (como Ministro de Estado manejó fondos públicos, transfiriendo a un banco en Panamá, a una compañía de cual fue directivo; que el sueldo no le permitía incrementar el patrimonio en esa forma desmesurada), formulación que convenció al tribunal de la Corte Nacional de Justicia.

Es limitado el conocimiento en el medio jurídico nacional de la *teoría del caso*; la consecuencia, ha sido nula su utilización por los actores del proceso penal. Una mención aparte se merece la redacción de la sentencia, es confusa, en lugar de hacer constar intervenciones importantes, se redactan frases cortas como “el fiscal relató los hechos”, obviando señalar qué dijo; actuación que no permite conocer los planteamientos de las o los sujetos procesales, a fin de establecer, si reúnen las condiciones de una *teoría del caso*.

2.3.3. El juicio.

Para insertarnos en el tema del juicio, debemos referirnos al *sistema acusatorio* y los principios que lo rigen: *publicidad, oralidad, celeridad, inmediación y contradicción*, los que consisten:

El principio de publicidad se estableció como obligación para la comunidad internacional, el Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece, “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

Principio que es complemento de la oralidad, sirve para dar a conocer los conceptos jurídicos a la sociedad, a fin de que la ciudadanía tenga la oportunidad de controlar el ejercicio del poder jurisdiccional. En la legislación nacional lo encontramos determinado en el Art. 13 del Código Orgánico de la Función Judicial

El principio de oralidad implica el predominio de la palabra hablada, que favorece al rápido entendimiento de los hechos; pero existen problemas en aplicarse, por la falta de un número adecuado de tribunales; inadecuada preparación de las o los jueces que debe conocer el caso, la Constitución, las leyes procesales y sustantivas, la jurisprudencia y la doctrina.

El principio de celeridad tiene la finalidad de reunir las actividades procesales en un solo espacio de tiempo lo más corto posible. El trámite, la resolución y ejecución de las causas debe ser rápido y oportuno (Art. 20 LOFJ); extralimita la actuación de la o el juez cuando obliga a que prosiga con el trámite sin pedido de parte, como en el sistema inquisitivo.

El principio de inmediación es uno de los pilares del sistema oral, el propósito es que la sentencia sea dictada por el tribunal que conoció los hechos, los problemas surgidos en la sustanciación; que haya tenido contacto directo con todos los elementos o pruebas recolectados para que se acepten en las distintas audiencias (flagrancia, formulación de cargos, preparación del juicio y juzgamiento). La *inmediación* determina, que el juicio debe realizarse con la presencia ininterrumpida de los jueces y de los sujetos procesales (Art. 253 CPP).

El principio de contracción exige que ambas partes puedan tener los mismos derechos de ser escuchados y de practicar pruebas, con la finalidad de que ninguna de los sujetos procesales se encuentren indefensos frente al otro; las partes tienen derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación; la o el juez debe resolver con base a los argumentos y elementos de convicción aportados (Art. 5.3 CPP).

La carta fundamental proclama al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el capítulo cuarto denominado “Función Judicial y Justicia Indígena” se prevé una serie de *principios* para que la administración de justicia pueda cumplir con sus deberes y atribuciones (Art. 168.6 CRE), entre los que encontramos el *sistema oral*, que debe aplicarse en la sustanciación de los procesos en todas las materias e instancias.

En materia penal el *sistema oral* no sólo debe aplicarse en determinadas etapas del proceso, sino en todas sus instancias, por lo que las diligencias o actos procesales deberán tener

la característica de la oralidad; con ese propósito se prevé, que el *sistema oral* se aplique de conformidad con los principios *de concentración, contradicción y dispositivo*.

Luigi Ferrajóli se refiere al *sistema acusatorio* formulando el axioma, *nullum iudicium sine accusatione*; establece la separación entre juez y acusación, esta última a ser formulada por la Fiscalía. Este principio representa la condición esencial de la imparcialidad de la o el juez respecto de los sujetos procesales, en especial de la acusación; así también de la atribución de la carga de la prueba.

El modelo acusatorio supone necesariamente la obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción penal por parte de la o el fiscal, independientemente de las circunstancias que condicionen el inicio de las investigaciones, es decir, se deja en segundo plano la voluntad del sujeto pasivo o perjudicado.

El *sistema acusatorio* se originó en la Constitución Política del Ecuador del año 1998, cuando separó las atribuciones y funciones de los jueces frente a la Fiscalía, denominada en esa época Ministerio Público (Art. 219 CPE); que el ejercicio de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde a los órganos de la Función Judicial, con independencia en el ejercicio y potestad jurisdiccional (Arts. 191, 198, 199 CPE).

Constitución Política que fue la base para estructurar el Código Procesal Penal el año 2000; sin embargo, esa ley procesal no ha permitido implementar el *sistema oral*, al contar con actuaciones por escrito, como aquella que establece, que los documentos que constituyan evidencia en la indagación e instrucción, anunciados como *anticipos probatorios*, al formar parte del expediente del juicio, no necesiten reproducirse en la audiencia del juicio (Art. 253.6 CPP), en contradicción que la prueba se valore en la audiencia de juicio, con excepciones como los testimonios anticipados.

En el año 2009 un bloque considerable de reformas al código procesal penal⁶⁸, impulsó la inserción del sistema acusatorio; como la instrucción en forma oral en la *audiencia de formulación de cargos*, con la presencia de todos los sujetos procesales, sin que impida su realización la ausencia del posible imputado, porque la o el defensor público lo representará.

No ha llegado a implementarse completamente la oralidad, pese a existir la suficiente normativa constitucional y legal para hacerlo, debido en gran parte, a la falta de preparación de los sujetos procesales: juezas o jueces, fiscales, abogadas o abogados particulares, y defensoras o defensores públicos.

⁶⁸ Ley Reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el SRO No. 555 del 24 de marzo de 2009

2.4. IMPORTANCIA, FUNDAMENTO MATERIAL O PRINCIPIO DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

2.4.1. Importancia.

Para el desarrollo del Derecho es importante que la prueba en el proceso sea conocida y debatida, Hernando Devis Echandía afirma, “...único camino para que el juez conozca los hechos que le permitan adoptar la decisión legal y justa para cada caso concreto...”⁶⁹, con ese fin en materia penal se deberá agotar todos los medios de prueba que la ley le ofrezca.

Para que se llegue a considerar a un elemento como prueba, será investigado en forma previa; para verificar su exactitud se practicará sobre ella prueba, Julio Maier sobre el tema expresa, “...en el proceso penal todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio de prueba...”⁷⁰, medios de prueba que están específicamente determinados en la ley procesal (libro II CPP).

Existen garantías básicas en la Constitución que integran el debido proceso, estas controlan que la prueba obtenida o actuada no violen aquellas o la ley, de suceder, esa “prueba” carecerá de eficacia probatoria (Art. 76.4 CRE), debiendo excluirse o apartarse del proceso por ser nula. Situación procesal que en la jurisprudencia estadounidense es denominada *doctrina del fruto del árbol envenenado*⁷¹.

Las decisiones judiciales son trascendentales, en materia penal ratificará el estado de inocencia, o declarará la autoría y responsabilidad de la o el procesado; el segundo caso se materializa mediante la imposición de una pena, que consistirá en restringir la libertad a la o el

⁶⁹ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial tomo I*, Víctor B. de Zavalía editor, Buenos Aires, pág. 14

⁷⁰ Julio B. J. Maier, op. Cit. Pág. 697, el autor se refiere a consideraciones sobre la prueba realizadas por Eugenio Florián.

⁷¹ Marcelo Sebastián Midón, *Derecho Probatorio parte general*, editorial Cuyo, Buenos Aires, 2007, pág. 266. Se refiere al fallo adoptado por la Suprema Corte de Estados Unidos de América en el caso: Silverthone Lumber Co. Vs. Estados Unidos en el año 1920; en forma posterior se dictan más fallos aplicando ese principio

sentenciado, en la libretar personal radica la importancia que tiene la prueba, la valoración que se haga de ella.

La ley procesal establece normas sobre la ineficacia de la prueba y su legalidad; también se incurrirá en ineficacia por irrespetar garantías constitucionales; prueba que se origina en la recopilación de elementos de convicción en la fase preprocesal –indagación previa- hasta la etapa del juicio –audiencia oral de juzgamiento- (Art. 80 CPP), donde es controvertida previo a su ingreso como prueba.

Los elementos de convicción se revestirán de legalidad si son obtenidos de acuerdo con las reglas de la ley procesal, tendrán valor siempre que no haya sufrido menoscabo la voluntad de las personas, o que no sea el resultado de la inducción a perpetrar otra infracción (Art. 84 CPP).

La valoración de la prueba se hace presente en forma efectiva en el proceso penal, en la etapa del juicio, en la que se desarrolla la audiencia oral de juzgamiento, fase considerada la más importante del proceso penal, caracterizada por ser contradictoria y adversarial.

En la audiencia oral de juzgamiento, de ser pertinente y procedente, se permitirá que ingrese como prueba los documentos, testimonios, etc., que presenten los sujetos procesales; elementos que deberán contar con ciertos requisitos legales para ser admitidos, por ejemplo: posesión de peritos; la presencia en las versiones de abogadas o abogados, de defensoras o defensores públicos, de la o el fiscal; la cadena de custodia, etc.; en definitiva, que se haya respetado las garantías que precautelan el *derecho al debido proceso*.

A la o el fiscal también se le impone límites sobre los medios de prueba, conformado en la vinculación entre la investigación frente a los efectos que se produzcan en las garantías de los derechos constitucionales de la persona investigada; la o el juez por su parte es el encargado de controlar que no se supere ese límite.

Para conocer en forma real la labor de las o los fiscales en el tema de la prueba, analizaremos las quince resoluciones emitidas por la Corte Nacional de Justicia, por hechos atribuibles al tipo penal *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*; lo cual permitirá establecer, la importancia que tiene la valoración de la prueba y su fundamento material.

Este desglose de información de las mentadas resoluciones, dejará en evidencia, si los fiscales han utilizado como herramienta útil la Dogmática Penal; si esos criterios doctrinales pueden asentarse en la realidad, en los hechos fácticos presentados en cada caso; y, si la persecución penal permitió llegar a un resultado efectivo; todo lo cual dejará en evidencia las debilidades del procedimiento aplicado. La investigación esperamos que nos provea de los suficientes elementos para determinar, si el tipo penal debe ser reformado de acuerdo a la realidad social y económica de nuestro país.

Será obligación del tribunal cuidar que ingrese o se practique como prueba, solo aquella que sea (1) *pertinente*, (2) *necesaria* y (3) *debatida*: (1) Es *pertinente*, la que tiene relación con los hechos que el sujeto procesal desee justificar o desvanecer, que debe ser en torno al caso investigado; (2) Es *necesaria*, la que es admitida su práctica, excepcionalmente no se practicará cuando no sea imprescindible, o porque no traigan resultados favorables al solicitante; (3) Es *prueba debatida* la que existe después de presentarse en la audiencia de juzgamiento, donde se pudo impugnar por improcedente, impertinente o nula.

Prueba que permitirá a las o los jueces llegar a una *decisión o fallo*, producto de la reflexión, soportada en la *imparcialidad* en la valoración sobre los hechos fácticos, que hayan aportado los sujetos procesales; traducidos en la verdad objetiva y real.

La *imparcialidad* como principio constitucional⁷², es una garantía del debido proceso; permite garantizar a las personas el derecho a la defensa, que obliga a escuchar a todos los sujetos procesales; principio que está previsto en la Convención Americana de Derechos

⁷² CRE, Art. 74, número 7), letra k), principio de imparcialidad del juez; también está presente en el artículo innumerado agregado como reforma a continuación del Art. 5 del CPP.

Humanos (Art. 8.1)⁷³, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.1)⁷⁴ y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 10)⁷⁵.

La o el juzgador para dictar sentencia condenatoria, no debe tener la menor duda sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad de la o el acusado; al contrario, debe tener certeza, nunca decidirá basándose en meras sospechas, será impedido por la garantía de *presunción de inocencia* (Art. 76.2 CRE).

La presunción de inocencia es como un traje de astronauta que cubre a la o el investigado durante todo el proceso penal, desde el inicio hasta su culminación; durante el cual, la o el fiscal como titular de la acción, debe probar en forma efectiva la culpabilidad de la o el investigado, para que sólo así se le pueda condenar; de ningún modo el investigado tendrá la obligación de demostrar su inocencia.

La presunción de inocencia está vinculada al *in dubio pro reo*, garantía prevista para su aplicación, en lo sustantivo, en lo adjetivo y hasta en la fase de ejecución; en lo sustantivo lo prevé la Constitución, la ley procesal y la ley penal; los tres cuerpos normativos confluyen en establece

⁷³ Convención Americana de Derechos Humanos, publicada en el Registro Oficial No. 801 de 6 de agosto de 1984, “Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

⁷⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Registro Oficial No. 101 del 24 de enero de 1969, “Artículo 14.- 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

⁷⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, “Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

r, que en caso de conflicto entre normas que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplique la menos rigurosa; cuando exista duda, se aplique en el sentido más favorable a la o el infractor; y, que deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime, y si ha mediado ya sentencia condenatoria, se extinga la pena, haya o no comenzado a cumplirse. (Art. 76. 5 CRE, Art. 2 inc. 3 y 4 CPP, Art. 2, inc. 4 y 5 CP).

Por su parte la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos al referirse al tema, habla de la ley penal cuando expresa, que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, la o el infractor se beneficie de ello (Art. 9 CIDH).

En lo adjetivo se determina, que todas las leyes posteriores sobre los efectos de las normas del procedimiento penal se aplique en lo que sea favorable a las o los infractores (Art. 2.5 CPP).

2.4.2. Fundamento material o principio de valoración de la prueba.

Las y los jueces y tribunales integran la función judicial, como parte del poder público están obligados a motivar sus resoluciones, enunciando normas o principios jurídicos en que se funden y explicando la pertinencia de su aplicación a los antecedentes del hecho; las resoluciones o fallos que no cumplan con esta obligación serán nulos (Art. 76.7.I CRE); motivación y argumentación que es una garantía constitucional del *derecho a la defensa*.

La ley penal procesal establece, que las y los jueces y tribunales aprecien la prueba conforme a las reglas de la *sana crítica*; reglas que no están previstas en la ley, que según la doctrina es la valoración realizada de acuerdo a la lógica, a la experiencia y a los conocimientos científicos; Eduardo Couture al respecto dice que son reglas de correcto entendimiento humano, "La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden

intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”⁷⁶.

En la valoración de la prueba la o el juez o tribunal debe utilizar todos los medios que le ofrezca la Constitución, los Instrumentos Internacionales, la ley sustantiva, la ley procesal penal, otros cuerpos normativos relacionados, la jurisprudencia, los Principios Generales del Derecho, y la Doctrina.

Entre la gama de herramientas que existen para valorar la prueba, está la Doctrina, de ella destacamos a la *Dogmática Penal*, que es la ciencia a través de la cual los juristas interpretan el Derecho Penal, aplican a un caso concreto, sustento sobre el que podrá establecer, si la conducta es punible, si es el autor del delito, si es culpable para ser sancionado.

El *delito* es un acto típico antijurídico y culpable; concepto del que surge su estructura, sobre la cual los estudiosos del Derecho Penal, han formulado la *teoría del delito*, a cerca del cual existen diferentes tendencias, entre las más relevantes tenemos: *Causalismo*, *Finalismo* y *Funcionalismo*.

Estructura del delito o *categorías dogmáticas*, las que corresponde a la o el juez verificar, que se hayan cumplido en un proceso penal; la generalidad de la doctrina ha convenido en una estructura tripartita del delito, que consiste en: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que se explica en el siguiente cuadro.

⁷⁶ Eduardo Couture, op. Cit. pág. 270

CUADRO No. 11				
ESTRUCTURA DEL DELITO ⁷⁷				
CATEGORÍAS DOGMÁTICAS				
1.TIPICIDAD			2.ANTIJURIDICIDAD	3.CULPABILIDAD
a) TIPO OBJETIVO		b) TIPO SUBJETIVO		
ACCIÓN	i)S. Activo ii)Objeto iii)Conducta iv)E. Valorativos v)E. Normativos	i)Dolo (Error de tipo) ii)Culpa	i)A.formal ii)A. material	i)Conocimiento = al antijuridicidad actuar Error de prohibición: Directo, e indirecto ii)Inimputabilidad
OMISIÓN				

Como explicamos antes, estas categorías dogmáticas pueden variar los elementos que la conforman, de acuerdo a la *teoría dogmática* que se trate. Analizaremos el tipo penal *enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, a la luz de una de ellas, el Finalismo; verificando cada una de sus categorías (*tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad*).

1.La tipicidad

Compuesta por (a) tipo objetivo y (b) tipo subjetivo. Dentro del tipo objetivo, encontramos: (i) *el sujeto activo*, representado por la o el funcionario público, en ejercicio actual o pasivo del cargo; (ii) *El objeto o bien jurídico protegido*, es la administración pública, el funcionamiento o la credibilidad del Estado; el servidor exterioriza la conducta lesiva mediante el incremento de su patrimonio, resultado del carácter público de su decisión de abusar del cargo en la institución estatal, donde cumpla o haya cumplido su función.

Decimos que nuestro derecho termina cuando comienza el de los demás, afirmación que se conoce como *principio de reserva o lesividad*, la Constitución prevé, que el libre desarrollo de la personalidad no tiene más límites que el derecho de los demás (Art. 66.5 CRE); por su parte la norma penal establece, la libertad que tiene el individuo para enriquecerse, pero se tornará ilícito, si traspasa el límite y afecta el derecho de los demás, en este caso, la credibilidad pública en

⁷⁷ Ramiro García Falconí, clases sobre el Inter Criminis, dentro de la Especialidad Superior en Derecho Penal, año lectivo 2007-2008, Universidad Andina Simón Bolívar

relación con el Estado o administración pública, como sujeto o persona jurídica; pues, se der sólo *orden o credibilidad pública* no existía como bien jurídico autónomo.

Siempre se cuestionará, que no existe como bien jurídico autónomo, porque no se afecta a terceros, esto se explica, en razón de que, si aparecieran perjudicados, tendríamos que referirnos a otro tipo penal, a *la concusión*; lo que nos recuerda su *carácter subsidiario*, pues uno de los propósitos de la creación del enriquecimiento ilícito como tipo penal, fue no dejar en la impunidad ilícitos como *concusión* o *cohecho*.

(iii) *La conducta*, es la acción o acciones dañinas cometidas por el sujeto activo; acciones que se representan a través de un *verbo rector*; en el tema cuenta con los verbos: *enriquecer*, *incrementar* y *desempeñar*; (iv) *Los elementos valorativos*, constituyen aquella actividad desviada; en el tema, como funcionario público, producir incremento considerable del patrimonio, superior a la remuneración percibida, que no haya podido justificar;

(v) *Los elementos normativos* se encuentran en el tipo penal que reprime la actividad desviada; en este caso está concretada en el tipo penal que reprime al *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos* (Art. 296.2 CP); elemento que aparecerá cuando se remita a la norma protectora del Estado, que evita el desmedro de su funcionamiento, de su credibilidad; porque es en nombre del Estado que el funcionario se enriquece en forma ilícita.

(b) El *tipo subjetivo* está compuesto por (i) el dolo y (ii) la culpa: (i) *El dolo* no es considerado como el designio de causar daño, *sino como aquel conocimiento objetivo de actuar*, el funcionario conoce que su actividad desviada cuenta con elementos que configuran un ilícito; además conoce, que es un acto antijurídico, porque valora el perjuicio que ocasiona al funcionamiento, a la credibilidad del Estado, representado por cualquiera de sus entidades administrativas. El conocimiento del tipo puede ser afectado por el *error de tipo*.

El *error de tipo* se produce cuando la o el funcionario público desconoce, que la actividad por él desplegada, origen de su enriquecimiento, contiene los componentes de una conducta

prevista como infracción penal. De presentarse un *error de tipo*, éste excluirá al dolo de la actividad verificada, pero dejará subsistente a la culpa, resultando un *enriquecimiento ilícito culposo*, tipo penal no previsto en la ley, en consecuencia, no habrá delito.

(ii) *La culpa*, o responsabilidad por imprudencia, en el enriquecimiento ilícito siempre acompañará al dolo, porque no existe como tipo penal culposo.

2.La antijuridicidad.

Segunda fase, es la desaprobación de un hecho efectuado por una o un autor determinado –funcionario público-, en la medida que lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente protegido –la credibilidad o el funcionamiento de la administración pública-, se clasifica en:

(i)*Antijuridicidad formal*, o actividad que contradice al orden normativo establecido; son hechos opuestos a la norma; en el tema, prohíbe a la o el funcionario enriquecerse en forma ilícita, si lo hace, delinque;

(ii)*Antijuridicidad material*, es la puesta en peligro efectivo o lesión del bien jurídico tutelado, en la especie, que se haya producido inmediata o consecutivamente un incremento desmesurado del patrimonio de la o el servidor público, abusando del cargo público perjudicando al Estado.

3.La culpabilidad.

La tercera fase, la *culpabilidad* está conformada por: (i) *conocimiento* del sujeto activo de la antijuridicidad de la acción u omisión, que produzcan enriquecimiento ilícito; con la realización de actividades previstas o no entre sus atribuciones, con orden, sin orden, o con autorización o no de la o el superior.

A la culpabilidad le puede afectar el *error de prohibición*, que se presenta cuando la o el funcionario público se ha enriquecido en forma ilícita, creyendo que es correcto, o que está autorizado por la ley; a la vez, este error de prohibición puede ser: *directo* o *indirecto*.

El *error de prohibición directo* puede presentarse cuando la o el funcionario público desconozca de la existencia del tipo penal enriquecimiento ilícito; situación que no es aceptada por la legislación nacional, porque se presume de derecho que la ley penal es conocida por todos, cuya ignorancia no es causa de disculpa (Art. 3 CP).

En el *error de prohibición indirecto*, existe la intención dañosa de enriquecerse en forma ilícita a costa de ejercer una función pública, el sujeto activo tiene pleno conocimiento de que se trata de un hecho ilícito; sin embargo, el error se produce porque la o el funcionario pensó que está permitido por la ley, esta es una causa de justificación.

(ii) *La inimputabilidad*, se verificará cuando a la o el funcionario público le afecte alguna inhabilidad legal que determine aquella situación jurídica, como minoría de edad, toxicomanía, demencia, etc., que de presentarse, no permitirá iniciar la acción penal pública.

En los casos de fuero de Corte Nacional, en el periodo 2001 a 2010, una sola sentencia se ha emitido por esta infracción (caso Gallardo 9), en la cual, el elemento que como parte del *tipo objetivo* no pudo verificarse, fue *el objeto*, pues los jueces nunca determinaron, cuál fue el bien jurídico protegido.

La utilización de las teorías dogmáticas permite evaluar las pruebas aportadas al juicio; si se ha satisfecho cada una de sus categorías, se podrá concluir emitiendo sentencia condenatoria; sustento dogmático que aportará al propósito de alcanzar una de las finalidades de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, brindar *seguridad jurídica*, e impulsar el desarrollo de la jurisprudencia; ignorarlas dará curso a la arbitrariedad y restará importancia a la valoración de la prueba.

CONCLUSIONES

1. Los límites de esta conducta delictiva los encontramos en los principios constitucionales, que menoscaba el tipo penal *enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, al afectar la *presunción de inocencia*, porque corresponde a la o el procesado probar su inocencia.
2. La revisión de las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia, permite cuestionar la *eficacia* de la norma en el juzgamiento de esta conducta criminal, por los resultados que arroja: en el período de diez años, quince procesos se han ingresado, sustanciado, resuelto. Sólo un caso de fuero de Corte Nacional, se ha resuelto con sentencia condenatoria, faltando aún que se decida sobre el recurso de casación.
3. El tipo penal tiene varias falencias, entre aquellas, permite juzga por un supuesto porque no determina, el monto del incremento patrimonial que debe ser catalogado como enriquecimiento ilícito.
4. La Constitución amplió el poder punitivo de este tipo penal, pues prevé: que no prescriba ni la acción ni la pena; y, que se investigue y sentencie en ausencia del acusado; regulaciones contrarias al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la Convención Americana contra la Corrupción.
5. El enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, cuenta con elementos especificadores que pueden singularizarle como tipo penal autónomo, mas, del propio texto de la ley penal determina su subsidiariedad.
6. Es desconocido en el ámbito jurídico nacional el carácter subsidiario de la infracción, lo que ha generado su nula o poca importancia; que de considerarse desde la fase investigativa, no permitiría que se comentan errores, como investigar por enriquecimiento ilícito hechos, que posiblemente, se subsuman en otras infracciones como cohecho, concusión o peculado.

7. Sobre la investigación administrativa previa efectuada por la Contraloría, debe reformarse, de modo que no se permite remitir informes con indicios de responsabilidad penal a la Fiscalía por montos irrisorios, originando que las acciones penales, en su mayoría, concluyan en desestimaciones, evidencia del trabajo infructuoso de ese organismo; debiendo solucionarse en sede administrativa.
8. Las resoluciones con carácter obligatorio emitidas por la Corte Nacional de Justicia, resultan contradictorias entre si; además, menoscaban normas constituciones que regulan las facultades de la Fiscalía, que como director de la investigación, no tiene límite.
9. Los vacíos legales y jurisprudenciales sobre el monto al que debe ascender el incremento patrimonial para que sea considerado enriquecimiento ilícito, conducen a implorar su reforma; que se completará excluyendo de su texto al tercer inciso, referente a funcionarios que manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; para ser engranados como otros tipos penales, dentro de los delitos contra la administración pública o la administración tributaria.
10. Ha generado impunidad la falta de contundencia en la investigación de la o el fiscal, en la mayoría de los casos; falencia que se constata del número de casos desestimados en el periodo de diez años en la Corte Nacional de Justicia.
11. Existe errónea aplicación de la ley por parte de las o los jueces, se evidencia de los fallos al sancionar por figuras criminales diferentes a las acusadas por la fiscalía; sentencias revocadas o anuladas por la Corte Nacional, denotando falta de preparación y desconocimiento de la ley.
12. Se ha detectado que existe falta de preparación de abogadas y abogados defensores, al interponer recursos, como el de casación, sustentándose en forma errónea en normas del ámbito civil (Lozada 1).

RECOMENDACIONES

1. Se debe modificar la estructura del tipo penal, con el fin de eliminar la afectación del principio de *presunción de inocencia*, facilitando su persecución mediante el ejercicio de la acción penal.

Al efecto recomendamos el siguiente texto:

“Art...- Enriquecimiento Ilícito.- Los funcionarios públicos, cónyuge o pareja, sus parientes o cualquier persona relacionada con aquel, que utilizando el cargo público, mediante acciones u omisiones, se enriquecieren por montos que asciendan a treinta y cinco pero no superen los sesenta salarios unificados, o su equivalente, serán sancionados con la pena de uno a tres años de prisión.

Si el monto del enriquecimiento fuere de 61 a 100 salarios unificados, o su equivalente, la pena será de 4 a 6 años de reclusión. Si el incremento fuere de 101 salarios unificados, o su equivalente, en adelante, la pena será de 7 a 10 años de reclusión mayor ordinaria.

En esta infracción se procederá: al decomiso del patrimonio, la prohibición de por vida de ingresar a laborar en la función pública, o tener cualquier clase de relación con el Estado.

Incurrirán en la referida infracción si el pasivo del funcionario público hubiere disminuido en las mismas escalas.”

2. Los exámenes de auditoría sobre patrimonios de funcionarios públicos, debe autorizarse que la hagan peritos acreditados ante el Consejo de la Judicatura; de modo que puedan intervenir en los diversos temas bancarios, financieros, etc.; sin perjuicio de la intervención de las entidades de control, que por su especialidad corresponda.

3. Mediante reforma, en los casos sobre enriquecimiento ilícito, cuyos montos sean inferiores a treinta y cinco salarios unificados, a la sanción administrativa acompañará el decomiso del patrimonio, la destitución y la prohibición de volver a la función pública.

4. Mediante reforma integral se debe prever, la existencia de varias o varios fiscales generales subrogantes –funcionarios de carrera- con competencia para conocer los procesos de fuero de Corte Nacional de Justicia, cuyas decisiones sean impugnables ante el superior, el Fiscal General del Estado; reforma que implicaría corregir varias normas de procedimiento que prevén esa impugnación, o consulta. La intervención de las o los fiscales subrogantes, por no tener origen político permitirá, dentro de parámetros constitucionales, tomen decisiones legales y justas, sin un determinado sesgo político.

5. En la LOCGE se debe establecer, la destitución de los funcionarios de Contraloría General del Estado, que hayan intervenido como auditores –jefes de equipo-, cuyos informes con indicios de responsabilidad penal, sean objeto de controversia en el juico, cuando no concurran a la audiencia de juzgamiento.

6. Si bien el círculo jurídico nacional cuenta con suficiente material doctrinario, sin embargo, se desconoce la forma como debe aplicarse al caso concreto, este es el verdadero problema; es importante que la Academia se encargue de impartir temas destinados a instruir a las o los abogados, fiscales y jueces, en la manera como se aplique; por ejemplo, la teoría del delito, en especial, las categorías dogmáticas, relacionando en forma práctica, los presupuestos teóricos con casos reales.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandro Baratta, *Criminología y Sistema Penal*, editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- Baigún David y García Rivas Nicolas, *Delincuencia económica y corrupción*, EDIAR, Buenos Aires, 2006.
- Camargo, Pedro Pablo, *El Delito de enriquecimiento ilícito*, editorial LEYER, Bogotá.
- Cancino M., Antonio José y Toscano de Sánchez, Maruja, *El delito de enriquecimiento ilícito*, Bogotá, edit. Librería del profesional, 1990.
- Creus, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, edit. Astrea, 1981.
- Creus, Carlos, *Derecho Penal parte especial*, Buenos Aires, edit. Astrea, 1983.
- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, edit. Rubinzal-Culsoni Editores, 2008.
- Davis Echandia, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, editor Víctor V. de Zavalía, Buenos Aires.
- Días Aranda, Enrique, *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, Barcelona, edit. Cárdenas Editor Distribuidor, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, edit. Trotta, 2001.
- García Ramírez, Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, México, edit. Porrúa S.A., 1977.
- Jescheck, Hans-Heindrich, *Tratado de Derecho Penal parte general*, volumen primero, traducido al Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch casa editorial S.A., Barcelona, 1978
- Laverne Ricardo (h) – Eugenio Zaffaroni, *Códigos Penales Latinoamericanos*, Buenos Aires, editora LA LEY, 1978.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, tomo I fundamentos, editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- Midón, Marcelo Sebastián, *Derecho probatorio parte general*, editorial Cuyo, Buenos Aires, 2007

Peña Ossa, Erleans de Jesús, Delitos contra la administración pública, Bogotá, edit. Gustavo Ibáñez, 1995.

Revista de Derecho, Foro No. 8, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2007.

Todarello, Guillermo Ariel, Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito, editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

Welzel, Hans, El nuevo sistema de derecho penal, Buenos Aires, edit. D de F, 2006.

Zarazo Oviedo, Luis Arnoldo, Enriquecimiento ilícito, Bogotá, edit. Vocatio in jus, 2001.

LEYES:

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

Constitución Política del Ecuador de 1998

Codificación del Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial No. 58 del 12 de julio de 2005.

Código Penal y sus reformas

Ley de sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, suplemento del Registro Oficial No. 490 del 27 de diciembre de 2004.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Ley sobre Declaraciones Patrimoniales Juramentadas

OTRAS:

Cervantes Saavedra, Miguel, El Quijote de la Mancha

Santos Discépolo, Enrique, Cambalache, música, género tango, Argentina, 1935

ANEXO No. 1

CAUSAS SUSTANCIADAS POR LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**POR EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE SERVIDORES PÚBLICOS****SALAS: 1, 2, 3 DE LO PENAL**

CASOS	AÑO	SALA	AGRAVIADO	INVESTIGADO O ACUSADO	RESOLUCION
1 Caso Lozada	2003 (inicio 30- jul-2001)	1ª	Consejo Provincial de Orellana	Daniel Lozada Cortez, Prefecto de Orellana	Corte Superior sentenció: 30-jun-2004 Casación: sentencia por cohecho (error fundamenta el recurso en la Ley de Casación)
2 Caso Bermeo	“ (inicio 22- sep-2001)	3ª	Estado	Delfín Olmedo Bermeo Idrovo, Magistrado Corte Suprema	Corte Nacional sentenció: 1-sep-2008 Casación sin resolución
3 Caso Becerra	2004 (inicio 11- jul-2003)	2ª	Municipio de Guano	Armando Becerra Totoy y otro, alcalde de Guano	Corte Superior sentencia: 18-may.2004 Auto de nulidad
4 Caso Calapucha	“ (inicio 7- jul-1999)	1ª	Dirección de Educación de Zamora	Andy José Calapucha, Profesor	Tribunal Penal sentencia: 19-jul-2004, Deserción del recurso de casación
5 Caso Bayas	2006 (inicio 1- jul-2004)	1ª	Estado	Ángel Bayas Cañote, Ministro Fiscal de Tungurahua	Auto inhibitorio: 20-oct-2006 (La Fiscalía formuló desestimación)
6 Caso Ortiz	“ (inicio 24- abr-2006)	3ª	Estado	Edgar Ortiz Carranco, diputado	Desestimación: 22-ago-2006
7 Caso Borja Gallegos	2007 (inicio 5- nov-2007)	3ª	Estado	José Borja Gallegos, Procurador General del Estado	Desestimación: 29-nov-2007
8 Caso Borja Cornejo	“ (inicio 5- mar-2007)	3ª	Estado	Diego Borja Cornejo, Ministro de Finanzas	Desestimación: 4-abr-2007
9 Caso Gallardo	2009 (inicio 23- may-2003)	2ª	Estado	Jorge Gallardo Zavala, Ministro de Finanzas	Corte Nacional sentenció: 9-dic-2009 , Casación sin resolución
10 Caso Rivas	“ (inicio 2006)	1ª	Estado	María Rivas Sacoto, Diputada	Desestimación: 23-jul-2009
11	“ (inicio	1ª	Dirección General de Tránsito	Bolívar Villota Torres, Mayor de Policía	Corte Provincial sentenció: 30-jun-08, Casación sin resolución

Caso Villota	2007)				
12 Caso Gutiérrez	“ (inicio 2009)	2ª	Estado	Lucio Gutiérrez Borbúa, Ex Presidente de la República	Desestimación: 5-may-2009
13 Caso Dávila	2010 (inicio 2009)	2ª	Estado	Rafael Antonio Dávila Egüez, Diputado	Desestimación: 1-abr-2011
14 Caso Tsekush	“ (inicio 26- mar-2007)	2ª	Estado	Felipe Tsekush, diputado	Desestimación: 27-jun-2011
15 Caso Obaco	“ (inicio 2010)	2ª	Estado	Celio Germán Obaco Díaz, diputado	Desestimación: 20-jun-2011
Fuente: Elaboración personal, con información de la Corte Nacional de Justicia, secretaría de las salas 1 y 2 de lo Penal y archivo general					

ANEXO No. 2

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

AUTOR	TÍTULO	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	PREVENIR CONDUCTAS ANORMALES	ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: FUNCIONAMIENTO, CREDIBILIDAD	TRANSPARENCIA DE SITUACIÓN PATRIMONIAL DEL FUNCIONARIO	OTRA	NO EXISTE BIEN J.P.
Edgardo A. Donna	Derecho Penal, parte especial	Argentina		X			
Guillermo Ariel Todarello	Corrupción Administr. y Enriquecimiento ilícito	Argentina			X		
Carlos Creus	Delitos contra la administración pública	Argentina	X				
Marcelo Sancinetti	El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público	Argentina	X				
Néstor J. Conti y María F.Saunell	Las figuras del enriquecimiento ilícito	Argentina				No llegan a precisar	
Earlens de Jesús Peña Ossa	Delitos contra la administración pública	Colombia			X		
Antonio José Cancino y Maruja Toscano	El delito de enriquecimiento ilícito	Colombia		X			
Enrique Díaz Aranda	Enriquecimiento ilícito de servidores públicos	México		X			
Luis Arnoldo Zarazo Oviedo	El enriquecimiento ilícito	Colombia		X			
Pedro Pablo Camargo	El delito de enriquecimiento ilícito	Colombia		X		La moral social	
Sergio García Ramírez	Curso de Derecho Procesal Penal	México		X		Economía del estado	
Arturo Donoso Castellón	Guía para estudio, Derecho Penal parte especial	Ecuador				No llega a precisar	
Ernesto Albán Gómez	Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte Especial	Ecuador		X			
TOTAL			2	7	2	3	

ANEXO No. 3

DERECHOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS POR EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

		DERECHOS Y GARANTÍAS	DEBIDO PROCESO (acusador prueba el delito)	DEFENSA (Declarar contra si)	ESTADO DE INOCENCIA (revierte la carga de la prueba)	PRINCIPIO DE LEGALIDAD (No posee conducta típica)
AUTOR	TÍTULO	PAÍS				
Edgardo A. Donna	Derecho Penal, parte especial	Argentina	X	X	X	
Guillermo Ariel Todarello	Corrupción Administr. y Enriquecimiento ilícito	Argentina				
Carlos Creus	Delitos contra la administración pública	Argentina				
Marcelo Sancinetti	El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público	Argentina		X	X	X
Néstor J. Conti y María F.Saunell	Las figuras del enriquecimiento ilícito	Argentina	X	X	X	X
Earlens de Jesús Peña Ossa	Delitos contra la administración pública	Colombia		X	X	
Antonio José Cancino y Maruja Toscano	El delito de enriquecimiento ilícito	Colombia				
Luis Arnoldo Zarazo Oviedo	El enriquecimiento ilícito	Colombia			X	
Pedro Pablo Camargo	El delito de enriquecimiento ilícito	Colombia				
Sergio García Ramírez	Curso de Derecho Procesal Penal	México				
Enrique Díaz Aranda	Enriquecimiento ilícito de servidores públicos	México				
Arturo Donoso Castellón	Guía para estudio, Derecho Penal parte especial	Ecuador				
Ernesto Albán Gómez	Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, parte Especial	Ecuador				
TOTAL			2	4	5	2