



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA
EDUCACIÓN.**

PROYECTO DE TESIS PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

TEMA:

“EL CODIGO PENAL Y EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO.”

AUTOR:

SR. LEOPOLDO ESCOBAR CARVAJAL

TUTOR:

Msc. EDUARDO GALEAS

LECTOR:

AB. VICENTE ICAZA CABRERA

BABAHOYO - LOS RÍOS - ECUADOR



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA
EDUCACIÓN.**

Babahoyo, de 2012

**EL TRIBUNAL EXAMINADOR OTORGA AL PRESENTE
TRABAJO**

TEMA:

“EL CODIGO PENAL Y EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO.”

LA CALIFICACIÓN DE: _____

EQUIVALENTE A: _____

**DECANO
DELEGADO**

**SUBDECANO
DELEGADO**

**CONSEJO DIRECTIVO
DELEGADO**

SECRETARIA



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA EDUCACIÓN.

SEMINARIO DE FIN DE CARRERA APROBACIÓN DEL INFORME DE INVESTIGACIÓN

Los miembros del Tribunal Examinador aprueban el informe de investigación, sobre el tema:

“EL CODIGO PENAL Y EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO.”

De: LEOPOLDO ESCOBAR CARVAJAL

Para constancia firman:

**DECANO
DELEGADO**

**SUBDECANO
DELEGADO**

**CONSEJO DIRECTIVO
DELEGADO**

SECRETARIA



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE
LA EDUCACIÓN

Babahoyo..... de 2012

APROBACIÓN POR EL TUTOR

Msc. Eduardo Gáelas, en calidad de Tutor de Tesis, designado por disposición de la Universidad Técnica de Babahoyo, certifica que LEOPOLDO ESCOBAR CARVAJAL, ha culminado con su trabajo investigativo previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador con el tema: **“EL CODIGO PENAL Y EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO.”**

Quien ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado a hacer el uso de la presente, y así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,

Msc. Eduardo Gáelas
TUTOR DE TESIS.



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE
LA EDUCACIÓN

Babahoyo..... de 2012

APROBACIÓN POR EL LECTOR

Ab. Vicente Icaza Cabrera, en calidad de Lector de Tesis, designado por disposición de la Universidad Técnica de Babahoyo, certifica que LEOPOLDO ESCOBAR CARVAJAL, ha culminado con su trabajo investigativo previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador con el tema **“EL CODIGO PENAL Y EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO.”**

Quien ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado a hacer el uso de la presente, y así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,

Dr. Vicente Icaza Cabrera
LECTOR DE TESIS.



DECLARACIÓN DE AUTORÍA.

LEOPOLDO ESCOBAR CARVAJAL, por mis propios derechos legales declaro que el presente trabajo investigativo, mismo que se refiere al tema:

“EL CODIGO PENAL Y EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO.”

Ha sido realizado bajo mi responsabilidad y he tomado las medidas necesarias para que los temas investigados, ideas, recomendaciones, etc., sean de mi autoría.

LEOPOLDO ESCOBAR CARVAJAL

DEDICATORIA

A MIS PADRES POR SU APOYO INCONDICIONAL PARA MI EDUCACIÓN Y POR HABERME INCULCADO EL DON DE LA RESPONSABILIDAD, EL RESPECTO Y LA CONSTANCIA PARA ALCANZAR NUESTRAS METAS.

AGRADECIMIENTO

SEA ESTA LA OPORTUNIDAD PARA AGRADECER:

A DIOS, FUENTE SUPREMA DE TODA SABIDURÍA;

AL DR.VICENTE ICAZA CABRERA, DOCENTE – TUTOR, POR SU PACIENCIA EN LA ASESORÍA ACADÉMICA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTE INFORME INVESTIGATIVO;

A LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO EN LAS PERSONAS DE SUS DIRECTIVOS, PROFESORES Y PERSONAL QUE LABORA EN TAN PRESTIGIOSA INSTITUCIÓN QUIENES MANTIENEN VIVA LA MISIÓN Y VISIÓN PARA LA QUE FUE CREADA, AL PERMITIR QUE TANTAS PERSONAS ACCEDAN A UNA EDUCACIÓN DE CALIDAD Y CALIDEZ.

ÍNDICE GENERAL

Portada	I
Acta de calificación	II
Aprobación del trabajo	III
Certificación del tutor	IV
Certificación del lector	V
Autoría de tesis	VI
Dedicatoria	VII
Agradecimiento	VII
Índice	IX
INTRODUCCIÓN	XII

CAPÍTULO I

1. Campo contextual problemático	15
1.1. Problema de Investigación	15
1.1.1. Enunciado del Problema	15
1.1.2. Formulación del Problema	18
1.1.2.1. Problema General	18
1.1.2.2. Problemas derivados	18
1.2. Delimitación de la Investigación	20
1.2.1. Categoría	20
1.2.2. Población	20
1.2.3. Lugar	20
1.2.4. Temporalidad	20
1.3. Objetivos	20
1.3.1. Objetivo General	20
1.3.2. Objetivos Específicos	21

1.3.3. Comentario sobre los objetivos	21
1.4. Justificación	21

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO	24
2.1. Antecedentes investigativos	24
2.1.1. Antecedentes históricos del enriquecimiento ilícito	24
Concepto de Enriquecimiento ilícito	30
Problemática generada por el enriquecimiento ilícito	31
2.2. Marco Teórico Institucional	34
2.3. Marco legal	35
2.4. Doctrina	40
2.5. Jurisprudencia	48
2.6. Derecho Comparado	63
2.7. Hipótesis	66
2.7.1. Hipótesis General	66
2.7.2. Hipótesis Específicas	66
2.8. Operalización de las Variables	67
2.9. Definición de términos usados	69

CAPÍTULO III

3. Metodología	72
3.1. Metodologías empleada	72
3.2. Tipo de investigación	72
3.3. Población	73
3.4. Técnicas e instrumentos	74
3.5. Recolección de información	74

CAPITULO IV

4.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	76
--	----

CAPÍTULO V

5. Conclusiones y recomendaciones	93
5.1. Conclusiones	93
5.2. Recomendaciones	94

CAPÍTULO VI

6.1. PROPUESTA	95
6.2. Título	95
6.3. Justificación	96
6.4. Objetivos	96
6.4.1. Objetivo General	96
6.4.2. Objetivos Específicos	97
6.5. Metodología	97
6.6. Factibilidad	97
6.7. Descripción de la propuesta	97
6.8. Actividades	98
6.8.1. Desarrollo del proyecto de reformas	99
6.9. Impacto	100
6.10. Evaluación	100
Biografía	101
Anexos	103

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo lo he desarrollado cumpliendo exigencias metodológicas propias de una investigación científica, cuyos resultados obtenidos de manera lógica y concreta, constituyen la pauta para exponer el conocimiento socio-jurídico aprehendido y plasmado por escrito en la presente tesis, que tiene como título: “EL CODIGO PENAL Y EL ENRIQUECIMIENTO ILICITO. El Enriquecimiento ilícito es uno de los delitos más frecuentes que son cometidos por las autoridades públicas a nivel nacional, y que alarma a la sociedad ecuatoriana; este tipo de delito, se evidencia también a nivel de provincia; y de los diferentes cantones o ciudades del Ecuador; sin que, exista políticas de Estado o normas jurídicas que impongan sanciones drásticas que permita prevenir el cometimiento de estos delitos que deben ser considerados como muy graves, por cuanto atenta contra la administración pública, afecta el peculio del Estado y por ende de todos los ecuatorianos.

El enriquecimiento ilícito en nuestra legislación penal es considerado como: *“el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos”*, y está tipificado como delito en el Art. 296.1 del Código Penal ecuatoriano, y sancionado en el Art. 296.2 del referido código, *“con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.”*

Normativa jurídica que no guarda conformidad con los mandatos o principios consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, lo que conllevó a que se plantee como objetivo de mi tesis el estudio doctrinario, jurídico y de opinión del delito de enriquecimiento ilícito, a fin de fundamentar y motivar una reforma urgente al CAPÍTULO VIII-1 DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, previsto en el Código Penal ecuatoriano; y recabar los elementos necesarios para proponer y elaborar un proyecto de ley reformativa.

Para la redacción del informe final, se tomó en cuenta fundamentalmente, el contenido académico recopilado en las fichas bibliográficas, y en los resultados obtenidos mediante las encuestas aplicadas a profesionales del derecho que conocen de la materia, cuyos datos están presentados en cuadros y barras, junto con su análisis e interpretación, que luego fueron trasladados sistemáticamente a los respectivos contenidos del sumario, e incluye un trabajo intelectual de comprensión y reflexión para contrastar el cumplimiento de los objetivos propuestos y para verificar la idea defendida, además contiene referencias históricas, citas, análisis críticos, que permiten llegar a la enunciación de conclusiones y recomendaciones, que fueron redactadas luego de terminado el contenido teórico y práctico del informe final, procurando dar un resumen de los resultados alcanzados con la investigación; sugerir medios y procedimientos para aplicar los nuevos conocimientos obtenidos, y plantear nuestra reforma jurídica que prevenga y

sancione drásticamente el enriquecimiento ilícito, cumpliendo de esta manera con nuestro objetivo de la investigación.

Con esta pequeña introducción presento mi trabajo de investigación, cuyo espíritu, no es decir la última palabra sobre ninguno de los temas y subtemas tratados; pretendo solamente, realizar una síntesis acerca de los conocimientos fundamentales de este importante tema, indicando que han sido largas jornadas de reflexión sobre el tema de la investigación y de la problemática del derecho en nuestro país.

CAPÍTULO I

1. CAMPO CONTEXTUAL PROBLEMÁTICO

1.1. Problema de investigación

1.1.1. Enunciado del Problema

Una de las problemáticas más frecuentes que existe en nuestro país es el enriquecimiento ilícito, considerado como: *“el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos”*, este tipo de conducta está tipificado como delito en el Art. 296.1 del Código Penal, y sancionado en el Art. 296.2 del referido código, *“con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito”*; disposiciones legales que deben ser adecuadas formal y materialmente a los mandatos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y tratados internacionales, para garantizar los derechos e intereses del sector público y proteger el patrimonio nacional; considerando que en este tipo de delito el sujeto pasivo en el sentido lato es el Estado Ecuatoriano, y en el sentido estricto es la administración pública.

Problema jurídico que se evidencia en la teoría y en la praxis, por un lado, tenemos la ausencia de políticas integrales desde el Estado, en la inexistencia de programas y escasa asignación de recursos destinados a asegurar la prevención, protección y restitución de los fondos, bienes o recursos públicos por el delito de enriquecimiento ilícito; y, por otro lado, en la tipificación y sanción penal; esto es, la Ley no establece la debida proporcionalidad entre el delito de enriquecimiento ilícito y la sanción penal; ya que establece penas leves que van de dos a cinco años de prisión,

sin considerar la gravedad del delito, porque afecta a los intereses del sector público y al patrimonio nacional del Estado; por lo tanto, amerita realizar una investigación teórica y de campo a fin de considerar que el enriquecimiento ilícito sea sancionado con una pena de 9 a 12 años de reclusión, y evitar la impunidad de estos delitos, ya que al considerar una pena de 2 a 5 años de prisión, permite que los procesados o detenidos en delito flagrante salgan o recobren su libertad inmediatamente rindiendo caución, o mediante la imposición de otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva previstas en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal; lo que aprovechan ciertos servidores públicos para salir del país con rumbo desconocido, salen huyendo de la justicia y no colaboran para el esclarecimiento de los hechos; buscando de cierta manera el retardo en la administración de justicia, pese a que por mandato constitucional la acción de perseguirlos y la pena es imprescriptible, sin embargo son pocos los casos que terminan en sentencia condenatoria; además, con las reformas realizadas al Código de Procedimiento Penal, se establece la suspensión condicional del procedimiento en su Art. 37.2, siendo aplicable en casos de enriquecimiento ilícito, por no estar prohibido por la ley; en estos casos, luego del cumplimiento de las condiciones impuestas por la jueza o juez por el máximo de dos años, declarará la extinción de la acción penal, y queda como que no ha pasado nada, no hay sentencia, no hay sanción; y, por ende el Estado es el afectado y por ende el patrimonio nacional, y al no haber una sentencia condenatoria en firme no podrá ser restituido el Estado con el duplo del monto del enriquecimiento ilícito conforme lo dispone en Art. 296.2 del Código Penal; y, en el peor de los casos en que el infractor o autor del delito de enriquecimiento ilícito sea sancionado con la pena de 2 a 5 años de prisión este recobraría la libertad en menos tiempo que el estipulado por la ley, dada las benevolencias legales que existen en nuestra legislación penal como: la rebaja de la pena por buen comportamiento, y la pre libertad controlada.

Problemática que causa una efervescencia en la sociedad ecuatoriana contra este tipo de delito, debido a su acrecentamiento e impunidad, en la actualidad conocemos a nivel nacional, que en la ciudad de Guayaquil están siendo investigados por los supuestos actos de corrupción cometidos por el ex-Gobernador, las y los Comisarios de Policías, y del posible enriquecimiento ilícito en sus calidades de servidoras y servidores públicos (autoridades), hoy unos destituidos del cargo público y otros renunciaron al cargo antes de ser destituidos; convertido en un escándalo público de conocimiento nacional, como cuando fue detenido en delito flagrante el ex-Ministro del Deporte, llamado el come cheques, y puesto en libertad posteriormente bajo fianza; y, el más reciente caso de corrupción del Prefecto de la Provincia de Cotopaxi, hoy destituido; y, las investigaciones realizadas por la Fiscalía por enriquecimiento ilícito seguido en contra de dos alcaldes de la provincia Bolívar; sin embargo pasa el tiempo y este tipo de delitos quedan en el olvido o en la impunidad; por no estar considerado como un delito grave que contemple penas severas, como la reclusión de 9 a 12 años, tomando en cuenta que el servidor o servidora pública adosados de poder, cometen conductas indebidas en contra de la administración pública, corrompiendo sus funciones para seguir detentando el poder, causando daños y perjuicios al sector público y por ende al Estado Ecuatoriano. Es de interés para la sociedad ecuatoriana y bolivarenses, que se implementen mecanismos pertinentes para disminuir el enriquecimiento ilícito; debido a que es un delito que impacta de forma negativa en el desarrollo económico del Estado Ecuatoriano.

Es mi intención realizar un estudio profundo acerca de este tipo penal, como mecanismo de control de gobierno; con un enfoque de Política Criminal dentro del ámbito Constitucional de Derechos y Justicia, con la finalidad de promover la cooperación de los órganos de gobierno y sociedad, en la implementación de una Política Criminal, tendiente a construir una cultura de respecto a la Constitución y en la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes conforme lo manda el

Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador y fomentar la participación jurídico-política, en un contexto de democracia y Estado de Derecho.

1.1.2. Formulación del Problema

1.1.2.1. Problema General

¿Cómo podemos considerar que el delito del enriquecimiento ilícito estipulado en el Art. 296.1 y sancionado en el Art. 296.2 del código penal, hasta una pena de 5 años de prisión, se debe incrementar de 9 a 12 años de reclusión, por afectar la sociedad en general?

1.1.2.2. Problemas derivados

- ¿Cómo ha evolucionado el marco legal en el Ecuador para el tratamiento de los delitos de enriquecimiento ilícito?
- ¿El Estado Ecuatoriano ha tenido o tiene una política clara para enfrentar adecuadamente el delito de enriquecimiento ilícito?
- ¿De qué manera se han desarrollado los procesos legales en los casos de enriquecimiento ilícito que se han dado en los dos últimos años en Ecuador?
- ¿La Ley establece la debida proporcionalidad entre el delito de enriquecimiento ilícito y la sanción penal?
- ¿La ley considera la gravedad del delito de enriquecimiento ilícito para establecer la imposición de la pena?

- La ley establece el enriquecimiento ilícito como un delito grave que afecta al sector público como al patrimonio nacional?
- ¿La ley establece que la acción para perseguirlos y las penas del delito de enriquecimiento ilícito son imprescriptibles?
- ¿La ley sanciona a quienes participan en el delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando no sean servidores públicos?
- ¿Qué bien jurídico protege la ley en el delito de enriquecimiento ilícito, y de qué manera está protegido?
- ¿La pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito admite caución?
- ¿La pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito permite la imposición de otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva?
- ¿La pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito permite la suspensión condicional del procedimiento?
- ¿Es procedente reformar el artículo 296.2. del Código Penal para aumentar la pena en los delitos de enriquecimiento ilícito?

1.2 Delimitación de la Investigación

1.2.1 Categoría:

- Constitución de la República del Ecuador
- Instrumentos internacionales
- Código Penal
- Código de Procedimiento penal
- Ley Orgánica del Servicio Público

1.2.2 Población:

- Operadores de justicia: Jueces y Fiscales.
- Abogados de libre ejercicio

1.2.3 Lugar:

- Cantón Guaranda, Provincia de Bolívar.

1.2.4 Temporalidad:

Año 2011

1.3. Objetivos

1.3.1 Objetivo General

- Realizar un estudio jurídico, crítico, doctrinario y de derecho comparado a fin de proponer una reforma al Capítulo VIII.1 Del enriquecimiento ilícito, Art. 262.2 que se refiere a la pena de 2 a 5 años de prisión, por considerar que por la gravedad de la infracción debe incrementarse de 9 a 12 años de reclusión, ya que afecta a los intereses del sector público como al patrimonio nacional.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Fundamentar jurídica y doctrinariamente la gravedad del delito del enriquecimiento ilícito, y la necesidad de endurecer las penas en la provincia de Bolívar.
- Determinar si la normativa que sanciona el enriquecimiento ilícito, guarda conformidad con los derechos previstos en la Constitución e Instrumentos Internacionales, y cómo afecta a los intereses del sector público en la provincia de Bolívar.
- Proponer una reforma legal al artículo 262.2 del Código Penal que permita incrementar las penas de 9 a 12 años de reclusión en los casos de delitos de enriquecimiento ilícito en la provincia de Bolívar.

1.4. Justificación

La razón de la investigación de mi tema denominado: “El Código Penal y el Enriquecimiento Ilícito.” Esto va encaminado a lo que hoy ha sido el desarrollo de la corrupción en la administración pública por servidoras y servidores públicos que acrecientan sus riquezas de manera ilícita e injustificada, siendo el producto del desempeño de su cargo o función pública. El acrecentamiento e impunidad de estos delitos que en primer lugar causan conmoción social y luego quedan en el olvido, por la falta de mecanismos jurídicos que sancionen drásticamente estos delitos y por la falta de control del gobierno, con un enfoque de Política Criminal, promoviendo la cooperación de los órganos del Estado y sociedad, para sancionar estos actos reñidos con la moral y la ley.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito tipificado en nuestro Código Penal, opera cuando se trata de un funcionario o servidor público, al que no se le haya podido probar que haya cometido delito contra la administración

pública (cohecho, peculado, concusión), pero si se demuestra el incremento patrimonial no justificado significativo que se presume el mismo produjo; además, por mandato del Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador también opera a quienes participen en estos delitos, así no sean servidores públicos, debiendo ser incorporado esta normativa en el Código Penal para su debida aplicación y establecer la sanción respectiva.

El Poder Legislativo, hoy Asamblea Nacional, al formar este delito, tuvo la intención de proteger el patrimonio del Estado; el servidor público debe manejar los recursos económicos para el cumplimiento de las metas y programas asignados en los respectivos planes de desarrollo, aprobados por el Estado. Se sanciona la improbidad, el aprovechamiento ilícito del uso de los recursos públicos para aumentar el patrimonio personal o familiar con penas leves que van de 2 a 5 años de prisión, sin considerar la gravedad de esta infracción que afecta los intereses del Estado y atenta contra la administración pública; siendo procedente realizar una investigación jurídica, crítica, doctrinaria, sobre el delito de enriquecimiento ilícito a fin de implementar una reforma jurídica al Art. 296.2 del Código Penal, que incremente la sanción punitiva como mecanismo para hacer frente a la gravedad de este delito y como política criminal, argumentados en investigaciones serias que sean coherentes con la realidad social y pertinente con los principios garantizados por la Constitución de la República del Ecuador e instrumentos internacionales, a efecto de que de la teoría en acción se logre un cambio en el comportamiento social y establecer nuevas teorías, que posteriormente sean puestas en práctica en la sociedad humana que habita en el Estado Ecuatoriano, para lograr cambios en la conciencia de la sociedad y en el comportamiento del individuo.

Por estas razones, es procedente la propuesta de reformar el 296.2 del Código Penal Ecuatoriano, fundamentado en lo siguiente: 1. Aumentar la pena y la seguridad en la administración pública, para que se apliquen los recursos de manera eficiente. 2.- Adecuar el tipo penal con técnica

legislativa pertinente a la realidad de la administración pública ecuatoriana, así como en la aplicación de la ley que establezca la debida proporcionalidad entre la infracción y la sanción penal. 2.-Para prevenir y disminuir el delito de enriquecimiento ilícito.- 3.El enriquecimiento ilícito tenga una respuesta contundente por parte del Estado y los órganos encargados de la administración de justicia. 4.- Fortalecer la supervisión, vigilancia y fiscalización, en el sentido de que exista transparencia en la rendición de cuentas, y suficiente supervisión de las actividades de los servidores públicos. 5.- Registro y seguimiento en las declaraciones patrimoniales.

Por todo lo expuesto, se justifica el desarrollo de mi tema de investigación en merito al principio de la exacta aplicación de la ley penal que debe guardar conformidad con los derechos de protección, garantías de legalidad y seguridad jurídica previstas en la Constitución de la República del Ecuador. Los objetivos de esta investigación son eminentemente exploratorios y descriptivos, por lo que en ningún caso pretende ser una recopilación exhaustiva en la materia, sin embargo considero relevante dar inicio al informe haciendo referencia a los antecedentes históricos del enriquecimiento ilícito, un estudio comparativo del mismo, y dando algunos conceptos básicos que permiten comprender mi tema de estudio dentro de un marco jurídico del enriquecimiento ilícito en nuestro país y la problemática descrita.

Esta investigación es necesaria y va dirigida a proteger los intereses del Estado, ya que se trata de un delito contra la administración pública, que compromete de manera seria el interés social pues causa una honda huella y alarma en la sociedad que ve con malos ojos el acrecentamiento e impunidad de estos delitos en la actualidad.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes Investigativos

2.1.2. Antecedentes históricos del enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito, tiene sus orígenes en el Derecho Romano, cuya normativa en tal ordenamiento jurídico no fueron claras en esa época, se confundían o tenían ciertas contradicciones entre los preceptos del Derecho Penal con el Derecho Civil.

Dentro del Derecho Romano, la materia de delitos públicos regulaba lo siguiente:

- a) El orden público,
- b) La organización política, y
- c) La seguridad del Estado;

Estos delitos públicos eran reprimidos con penas severas, se perseguían de oficio o a petición de los ofendidos.

En el derecho romano los delitos públicos, *“eran los que atacaban al orden público, organización política o seguridad del Estado; todo ciudadano tenía la facultad de perseguir al criminal, aplicando las reglas de jurisdicción especial; sin embargo, únicamente las personas importantes acusaban a los criminales, en los procesos denominados crimina o jurídica pública.”*¹ El delito de enriquecimiento ilícito, en el ámbito penal ecuatoriano actual, es cometido por servidoras y servidores públicos y se persigue de oficio, son imprescriptibles tanto la acción de perseguirlos como la pena, se puede juzgar en ausencia de los infractores.

¹PETIT, Eugene.- Derecho Romano, Dieciochoava Edición, México2002. Pág. 455.

En la época del Ecuador Colonial, no se identificaba este delito de enriquecimiento ilícito; por el contrario, las normas jurídicas estaban elaboradas en el sentido, de que posibilitaban a las personas privilegiadas de comprar cargos públicos y enriquecerse en menoscabo de: la justicia, orden y paz social; así como la discriminación en los cargos públicos. Lo cual generó una problemática para la Corona española al debilitarse su autoridad, ante grupos de personas con poder regional, que buscaban la forma de recobrar el dinero que habían pagado por ocupar un puesto público y los impuestos; entonces ejercían un enriquecimiento ilegítimo en perjuicio de las clases homogéneamente más desvalidas; lo cual estaba alejado del sentido teleológico del derecho, como es el bien común.

En el Estado de Derecho, encontramos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, algunos informes sobre la venta de puestos públicos, en materia jurisdiccional y administración pública, actividades que favorecían la corrupción de los servidores públicos, y se mencionaba por primera vez el enriquecimiento inexplicable de los funcionarios públicos; y, es en el año de 1985, que se introduce por primera vez el tipo penal de enriquecimiento ilícito en el Código Penal, mediante Ley No. 6 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 260, de fecha 29 de agosto de 1985, y se manda agregar entre los Capítulos VIII y IX, del Título III, del Libro II del Código Penal, el Capítulo Del Enriquecimiento ilícito, desarrollados en tres artículos enumerados; cuya exposición de motivos establecía de forma sustancial, que para mayor efectividad, se omitió exclusivamente al caso en que pueda probarse que el *enriquecimiento ilícito es fruto de otro delito*, supuesto éste, previsto en otra parte de la ley en el cual se observan las reglas relativas a la reparación civil, sino aquellos casos en los que es imposible probar el acto del origen del enriquecimiento, a pesar de que la naturaleza de las cosas indique que se ha cometido un hecho delictuoso, bien porque no se haya dejado huella de él o porque el enriquecimiento

provenga de otros medios que aunque no constituyen delito no sea los legítimamente idóneos para adquirir.

El legislador al formar el tipo penal de enriquecimiento ilícito, no siguió la estructura gramatical común de las oraciones, invirtió el orden al señalar inicialmente la consecuencia de la conducta; para una mejor sintaxis y claridad lo correcto hubiera sido: primero la descripción de la conducta y segundo concluir con la pena aplicable.

Existe confusión al describir el tipo penal, utilizando las mismas palabras que dan su nombre; es por ello que, se sugiere usar sinónimos que refieran la conducta.

En el segundo párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal, se trató de definir en sentido negativo "enriquecimiento ilícito", provocando mayor confusión, respecto a las conductas típicas que habrán de verificarse para que se configure este delito.

La escasa claridad en la redacción del delito de enriquecimiento ilícito, genera incompreensión, que se ha llegado a plantear que la conducta típica consiste en "no acreditar" o "no justificar", cuando en realidad la conducta a condenar es el enriquecerse; es decir, el aumento patrimonial cuantificable en salarios mínimos, en ningún caso el "no acreditar" o "no justificar" como erróneamente señalan algunos autores.

Señala Herrera Pérez, que de forma errónea varios autores consideran que el tipo que se analiza carece de la descripción del verbo rector que debe contener todo supuesto de hecho, por lo que únicamente se sanciona el resultado; asimismo, señala también que:

El tipo en estudio es de los llamados tipos complejos, debido a que la conducta fáctica, enriquecerse o aumentar ilícitamente el patrimonio, no transcurre por sí sola, sino que en todo caso, el enriquecimiento ilícito es consecuencia de un acto o actos ilegales anteriores a la configuración de este

tipo (de ahí que sea ilícito el enriquecimiento), actos que no son materia de descripción típica en este delito (puesto que al ser descritos, estaríamos en presencia de aquel delito que encierre la comisión de la conducta delictiva y no en el que nos ocupa).

La conducta punible en el delito en estudio es el enriquecimiento como resultado de la realización de la función pública, con motivo de su empleo, cargo o comisión. No opera este delito cuando se desprende que el servidor público se enriqueció por una circunstancia distinta de la función pública.

El delito de enriquecimiento ilícito no es inconstitucional, como lo ha señalado Cárdenas Rioseco, [7] toda vez que ha sido esclarecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de diversas tesis de jurisprudencia, como la que a continuación se cita:

Novena Época. Instancia Plena. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XVI, Agosto de 2002. Tesis: p. xxxvi/2002. "enriquecimiento ilícito. el artículo 109 constitucional que lo prevé, no contiene un régimen de excepción a las garantías individuales para los servidores públicos" si bien del precepto mencionado se desprende que el servidor público debe acreditar la legítima procedencia de su patrimonio, ello no debe entenderse como un desplazamiento de la carga probatoria al inculpado, sino como el derecho de defensa que goza para desvirtuar los elementos de prueba en su contra"

Cualquier servidor público puede ser sujeto activo de este delito, el tipo penal de enriquecimiento ilícito no hace distinción de servidores públicos; aunque los servidores públicos de mayor jerarquía están obligados legalmente a presentar sus declaraciones patrimoniales conforme a la actual Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, también los servidores públicos pueden enriquecerse con motivo de su empleo, aunque no presenten declaración patrimonial.

La declaración patrimonial que establece la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, es de carácter administrativa y representa una prueba indiciaria que deberá ser valorada. La valoración entro lo lícitamente percibido por el salario, y los bienes que posea el servidor público, estará sujeta a comprobación de hechos y circunstancias que indiquen un aumento o desproporción sustancial entro lo percibido por el servidor público con motivo de su empleo, cargo o comisión y lo que realmente cuenta en su haber patrimonial, que acredita el cuerpo del delito y la responsabilidad penal; mismos, que pueden ser desvirtuados por el acreditamiento por parte del servidor público, la licitud del acrecentamiento del patrimonio.[8]

Las particularidades que han sido señaladas, acerca del tipo penal de enriquecimiento ilícito, hace que el interés legalmente protegido sea el interés del Estado de preservar su potestad de sancionar las conductas delictuosas de los servidores públicos, con la finalidad de evitar la impunidad en la comisión de las mismas.

La clasificación del delito de enriquecimiento ilícito, comprende lo siguiente: En razón de la independencia en la configuración del delito de enriquecimiento ilícito, será un tipo autónomo o independiente. El delito de enriquecimiento ilícito, es un delito de resultado material, toda vez que se requiere un incremento en el patrimonio del sujeto activo. La conducta desplegada por el sujeto activo para lograr el enriquecimiento ilícito, ésta puede verificarse mediante una acción u omisión. La conducta típica consiste en incrementar ilícitamente el patrimonio, lo cual generalmente se realiza a través de una acción pero algunas veces puede ser por la omisión. Es un delito de lesión, pues con el mismo se daña el bien jurídico. Por su duración debe considerarse un delito instantáneo.

En el artículo 224 del Código Penal Federal, en su párrafo primero, se requiere que el sujeto que despliega la conducta delictuosa tenga la calidad de: *servidor público*. Conforme al párrafo segundo del artículo que se

comenta, puede ser sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito: *cualquier persona*.

En el delito de enriquecimiento ilícito, el sujeto pasivo es en sentido lato: *el Estado*. En el delito de enriquecimiento ilícito, el sujeto pasivo es en sentido estricto: la Administración Pública.

Los elementos normativos del delito de enriquecimiento ilícito, esencialmente son los siguientes: Empleo, Cargo, Comisión, Servicio público, Enriquecimiento, Ilícito, Servidor público, Patrimonio, Bienes, y Responsabilidad penal.

En el delito de enriquecimiento ilícito encontramos como elementos objetivos referidos a la acción, el incrementar el patrimonio o enriquecerse. En relación con el objeto de la acción, éste se integra por los bienes que constituyen el incremento patrimonial del activo, que se encuentren a su nombre o respecto de los cuales se conduce como dueño en términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Respecto del resultado es el incremento patrimonial ilícito. Por cuanto hace a las circunstancias externas del hecho, en este tipo de delito se considera que no existen.

Delito de comisión dolosa, así nos lo indica la propia estructura del tipo en el primer párrafo, cuando hace referencia en sentido contrario a la legitimidad del aumento del patrimonio o de la procedencia de los bienes: en el primer párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal establece que: "...no pudiendo acreditar el legítimo aumento... o legítima procedencia..."; asimismo, en el mismo numeral pero en el párrafo segundo establece que: "...a sabiendas de esta circunstancia".

En cuanto al párrafo primero del artículo 224 del Código Penal Federal, se desprende que no es posible hablar de tentativa, pues dada la naturaleza del delito, se entiende que cuando el activo comienza a realizar actos para enriquecerse, podría estar llevando a cabo acciones de un delito diverso,

como lo puede ser la tentativa de peculado, cohecho, concusión, entre otros, pero no tentativa de enriquecimiento ilícito; es por ello que, no puede existir tentativa de enriquecimiento ilícito. En relación con el párrafo segundo del artículo 224 del Código Penal Federal, es evidente que en este caso sí se puede presentar la tentativa con más facilidad, por ejemplo, el caso del testaferro que inicia la ejecución de la conducta de hacerse figurar como dueño y no logra por causas ajenas a su voluntad.

El delito de enriquecimiento ilícito difícilmente puede presentar causas de justificación, no obstante que el tipo penal alude a la acreditación de la legalidad del origen de los bienes, pues tal acreditación o justificación del enriquecimiento que se hiciera, no constituirá una causa de exclusión de la Antijuridicidad, sino más bien una causa de atipicidad, ya que si el enriquecimiento es legal, lo que se elimina es el tipo, y no la Antijuridicidad.

En el momento en que un servidor público acredita que su incremento patrimonial fue producto de una herencia o de un premio de lotería, no se trata del ejercicio de un derecho, sino que su conducta no es típica, en virtud de que su enriquecimiento no fue ilegítimo.

Concepto de Enriquecimiento Ilícito

Enriquecimiento ilícito, proviene del vocablo latino *illicitus*, que significa ilícito; es decir, que no está permitido legalmente, es un acto contrario a derecho; el enriquecimiento ilícito es un concepto que hace referencia al acto de enriquecerse por medios contrarios a las normas jurídicas.

El tipo penal de enriquecimiento ilícito opera cuando se trata de un funcionario o servidor público al que no se le ha podido probar que haya cometido otro delito contra la administración pública como el cohecho, peculado, concusión entre otros, pero es sancionado si se demuestra el incremento patrimonial no justificado de sus ingresos legalmente

percibidos; y, por mandato constitucional del Art. 233, también se aplica a quienes participen en estos delitos, aún cuando no tengan las calidades de servidor público, situación esta última que no está prevista en la ley penal, debiendo ser incorporada para la respectiva responsabilidad y sanción.

El Poder Legislativo, hoy Asamblea Nacional en su momento creó esta figura jurídica del enriquecimiento ilícito con la intención de proteger el patrimonio del Estado Ecuatoriano; y, establecer que el servidor público maneje con la debida precaución y dentro del marco jurídico los recursos económicos para el cumplimiento de las metas y programas asignados en los respectivos planes de desarrollo, aprobados por el Estado; sancionando la improbidad, el aprovechamiento ilícito del uso de los recursos públicos para aumentar el patrimonio personal o familiar.

Problemática generada por el enriquecimiento ilícito

Existe una efervescencia en la sociedad contra el delito de enriquecimiento ilícito, debido a su acrecentamiento e impunidad en la actualidad, porque individuos que adosados de poder, cometen conductas indebidas, corrompiendo sus funciones para seguir detentando el poder, causando daños y perjuicios a la administración del Estado. Es de interés para la sociedad, que se incrementen las penas establecidas para este tipo de delito para disuadir el enriquecimiento ilícito del servidor público; debido a que es un delito que impacta de forma negativa en el desarrollo económico del Estado Ecuatoriano, y atenta contra el patrimonio nacional.

Además, el delito de enriquecimiento ilícito, debe ser redactado con técnica legislativa y jurídica, de fácil interpretación, y teniendo en cuenta el principio de la debida proporcionalidad entre el delito y la pena.

El problema que presenta el enriquecimiento ilícito, previsto en el Código Penal es que no guarda conformidad con los mandatos fundamentales

previstos en la Constitución de la República del Ecuador y que fueron oportunamente estudiados, y en gran medida radica la dificultad en la prueba; sin embargo, este delito es consecuencia de los delitos cometidos por servidores públicos, como son el cohecho, peculado, concusión, etcétera; para salvar la dificultad, lo más diligente consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial,, conforme lo establecen los incisos segundo y tercero del Art. 231 de la citada Constitución.

Los delitos cometidos por servidores públicos, como son el cohecho, peculado, concusión, etcétera, son delitos ejecutados comúnmente de modo escondido y astuto; la dificultad de la prueba del hecho delictuoso tiende a absolver, beneficiando a sujetos cuyo estado de fortuna ha cambiado ostensiblemente en pocos años de funcionarios o servidores públicos, sin que sea fácil señalar la procedencia ilícita de los bienes; para salvar la dificultad, lo más diligente consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial, e imponiendo sanciones graves de acuerdo a la gravedad y circunstancias del delito.

El delito de enriquecimiento ilícito es el efecto, de múltiples factores que lo ocasionan, como son, falta de educación con valores, falta de transparencia en la rendición de cuentas, amplia discrecionalidad del ejercicio público establecido en la ley, falta de supervisión en el uso de recursos públicos, falta de vocación y profesionalismo en los servidores públicos, etc.

Es de suma importancia para hacer frente al delito de enriquecimiento ilícito, el compromiso de las funciones del Estado y de la población, cobijados con una motivación y actitud auténtica para formular e implementar una política criminal pertinente que sancione drásticamente el delito de enriquecimiento ilícito.

Por todo lo expuesto, es un problema de carácter legal, por cuanto la ausencia de leyes o la existencia de leyes débiles y atrasadas permiten que ciertos comportamientos no puedan ser perseguidos y sancionados o no puedan serlo adecuadamente. Si bien es cierto que la aplicación de las leyes depende en gran medida de la voluntad política para hacerlo, no es menos cierto que a veces sucede que hay voluntad política, pero no existe un marco legal adecuado para aplicar las leyes correspondientes.

Es un problema de gestión, por cuanto la ausencia de controles o la existencia de controles obsoletos promueven la existencia de sistemas caracterizados por el dispendio, la ineficiencia y la corrupción.

En fin, los bajos salarios, las malas condiciones en que trabajan nuestros funcionarios y empleados públicos, de ninguna manera constituyen un hecho aislado sino que, por el contrario, son la expresión de un Estado atrasado y pobre y sobre todo, sin vocación política para el progreso y la riqueza compartida. Los funcionarios y empleados del Estado no reciben de él sino inseguridad; los bajos salarios son un elemento más que inciden en la perspectiva de vida de estos funcionarios y empleados caracterizada por la inseguridad en cuanto a su porvenir y al de su familia, y por una tendencia cierta a garantizarse el mejor porvenir posible de una forma unipersonal, al margen de ese Estado y, por supuesto, al margen de la ley y la moral.

El enriquecimiento ilícito en la Administración Pública ha alcanzado la categoría y dimensiones de un crimen que pone en peligro de disolución la institución democrática de nuestro ordenamiento, el orden y la paz social.

La normativa jurídica del Ecuador no es lo suficientemente clara y severa en la tipificación, persecución y castigo del delito de Enriquecimiento Ilícito.

Dadas las circunstancias imperantes, el país precisa de una legislación especializada que eleve a la categoría del crimen los diferentes delitos que aparecen en el Código Penal, que constituyen algunos de los medios por vías de los cuales se comete el delito de enriquecimiento ilícito en la administración pública.

2.2. MARCO TEÓRICO INSTITUCIONAL

La Constitución de junio de 1998 elaborada en Riobamba por la Asamblea Constituyente de aquella época, en su Título Quinto denominado de las Instituciones del Estado y la Función Pública, específicamente en su Capítulo II llamado de la Función Pública, señalaba en su artículo 120 que no habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades, por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones. El inciso segundo del artículo 121 de dicha constitución señalaba que “los servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y se continuarán aún en ausencia de los acusados.

Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades señaladas, ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad”. Como podrá apreciarse ya la Constitución de 1998 dejó una norma penal abierta para los particulares que comentan estos delitos en asocio con los servidores públicos. Sin embargo, para mayor ilustración me permito transcribir el art. 296.1 del Código Penal Ecuatoriano que dice lo siguiente: “Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos”.

La Constitución del Ecuador elaborada en Montecristi por la Asamblea

Constituyente, señala en el art. 233 la responsabilidad de todo servidor público y casi de manera textual recoge el mismo texto de la Constitución de Riobamba de 1998, por lo que a manera de comparación entre la Constitución anterior y la actual, el delito de enriquecimiento ilícito es por su origen proveniente de las servidoras y servidores públicos, lo cual también lo recoge el art. 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, cuando realizan los funcionarios de la contraloría los resultados de auditorías.

El legislador al formar el tipo penal de enriquecimiento ilícito, y sancionar el mismo, en el Código Penal Ecuatoriano, mediante Ley 6. RO-S. 260, 29 de agosto de 1985, en primera instancia con una pena de uno a cinco años, y posteriormente mediante Ley 2001-47, Registro Oficial No. 422, del 28 de septiembre del 2001, que reformó al Art. 296.2, del citado código con la pena de dos a cinco años, no siguió una estructura gramatical a los demás delitos de peculado, cohecho o concusión, en los que describen la conducta y la pena aplicable en un solo artículo, y lo establecen de acuerdo al cargo que desempeñan, a las circunstancias que lo rodean; llegando a establecer sanciones de tres a seis años de reclusión en el delito de cohecho agravado; de cuatro a ocho años de reclusión de cohecho a jueces y árbitros, entre otros.

2.3. MARCO LEGAL

La Constitución de la República del Ecuador vigente, en su artículo Art. 233, señala:

“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”

El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador en sus numerales 3, 6, y literal i) del numeral 7, establecen:

3.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

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

7... literal i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

Teniendo en cuenta estos mandatos constitucionales y otros que le fueren pertinentes, le toca a la Asamblea Nacional, dentro de los ámbitos de sus respectivas competencias, “expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”², a fin de establecer

² Constitución de la República del Ecuador, 2008.- Art. 120, numeral 6.

las responsabilidades *administrativa, civil y penalmente* de los servidores públicos y las demás normas conducentes a sancionar a quienes, teniendo este carácter, incurran en responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 233 de la citada Norma Suprema y las siguientes prevenciones:

- a) La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal; y, bajo el principio de imprescriptibilidad de los mismos.
- b) Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.
- c) Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.
- d) Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su cargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia ilícita no pudiesen justificar.
- e) Las leyes penales deberán sancionar con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además del incremento de las penas que correspondan por la gravedad del delito, aplicando el principio de la debida proporcionalidad entre el delito y la pena.

A efecto de disminuir las transferencias de recursos que se utilizan para hechos ilícitos, El Estado Ecuatoriano ha celebrado diversos tratados internacionales para combatir la corrupción; como son los siguientes: Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, Convención Interamericana contra la Corrupción, y Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

La Ley Orgánica del Servicio Público vigente, tiene como finalidad reglamentar el Capítulo Séptimo de la Administración Pública, del Título IV de la Participación y Organización del Poder de la Constitución de la República del Ecuador, en las siguientes materias: a) Los sujetos de responsabilidad en el servicio público, b) Las obligaciones en el servicio público, c) Las responsabilidades y sanciones administrativas en el servicio público; d) Las autoridades competentes y los procedimientos para aplicar dichas sanciones, e) El registro patrimonial de los servidores públicos.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 10, 24 y 48 se refiere al enriquecimiento ilícito en los siguientes términos:

“Artículo 10.- Prohibiciones especiales para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público.- Las personas contra quienes se hubiere dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están prohibidos para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública.

La misma incapacidad recaerá sobre quienes hayan sido condenados por los siguientes delitos: delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata de personas, tráfico ilícito o violación.

Esta prohibición se extiende a aquellas personas que, directa o indirectamente, hubieren recibido créditos vinculados contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente.”

El Art. 24 en su literal k) señala: *“k) Solicitar, aceptar o recibir, de cualquier manera, dádivas, recompensas, regalos o contribuciones en especies, bienes o dinero, privilegios y ventajas en razón de sus funciones, para sí, sus superiores o de sus subalternos; sin perjuicio de que estos actos constituyan delitos tales como: peculado, cohecho, concusión, extorsión o enriquecimiento ilícito.”*

Artículo 48.- Causales de destitución.- Son causales de destitución:

“c) Haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento lícito y en general por los delitos señalados en el Artículo 10 de esta Ley;”

La Ley Orgánica del Servicio Público, establece prohibiciones para desempeñar bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública, si ha sido sentenciado por enriquecimiento ilícito; y, es causal de destitución previa sentencia condenatoria ejecutoriada.

El Código Penal Ecuatoriano, en su Libro Segundo, Título III, que trata de los Delitos contra la Administración Pública, en su Capítulo VIII.1, establece el delito de Enriquecimiento Ilícito, y señala:

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

Art.- El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.

Art. 296-C.- Son aplicables los dos artículos enumerados anteriores, a quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.”

Normativa jurídica vigente que no guarda conformidad con los principios fundamentales previstos en la Constitución de la República del Ecuador, tornándose indispensable que la Asamblea Nacional adecue formal y materialmente estas disposiciones legales a los requerimientos constitucionales para su debida aplicación y sanción.

La Suprema Corte de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, a través de diversas jurisprudencias considera que para iniciar la acción por el delito de enriquecimiento ilícito, constituye requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, el examen de la Contraloría en que se establezca las presunciones de enriquecimiento ilícito; y, siempre que no se trate de otro delito.

2.4. DOCTRINA

Se ha mencionado que el delito de enriquecimiento ilícito, presenta las deficiencias siguientes:

1) La redacción del ilícito penal carece de claridad, no es precisa ni es exacta, no define una conducta, sino sólo un resultado, no es comprensible para los destinatarios de la norma y, por ello, atenta contra el principio de seguridad jurídica,

- 2) Viola el principio de inocencia y establece la inversión en la carga de la prueba,
- 3) Viola la garantía de la no autoincriminación reconocida por la Constitución de la República del Ecuador,
- 4) Crea un delito de sospecha y con ello transgrede el principio in dubio pro reo,
- 5) Al hacer una remisión a la Ley Orgánica del Servicio Público, que como norma de complemento no regula absolutamente nada al respecto.
- 6) Atenta contra el principio de la debida proporcionalidad entre el tipo de delito y la imposición de la pena.

En contra parte, a lo mencionado anteriormente, hay autores que adoptan una postura opuesta, al señalar lo siguiente: que el fundamento del enriquecimiento ilícito es la prevención de la impunidad de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos por dificultades probatorias; en efecto ante la perjudicial imprecisión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió su acumulación, se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito que se utilizaría precisamente en los casos en los que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal; comparten esta opinión los tratadistas y pensadores: César Augusto Nakazaki Cervigón, Sebastián Soler, Jorge E. Buompadre, Marcelo Sancinetti, Edgardo Alberto Donna, Jorge Luis Villada, Erlean de Jesús Peña Ossa, William René Parra Gutiérrez y Alfonso Gómez Méndez.

Análisis del delito de enriquecimiento ilícito

El legislador al formar el tipo penal de enriquecimiento ilícito, no siguió una estructura gramatical común de las oraciones, pues divide en dos artículos diferentes (296.1 y 296.2 del Código Penal), la descripción de la conducta y segundo concluye con la pena aplicable; para una mejor sintaxis y claridad lo correcto hubiera sido establecerlo en un solo artículo.

Existe confusión al describir el tipo penal, utilizando las mismas palabras que dan su nombre; es por ello que, se sugiere usar sinónimos que refieran la conducta.

En el Art. 296.3 del Código Penal, se trató de definir en sentido negativo "enriquecimiento ilícito", provocando mayor confusión, respecto a las conductas típicas que habrán de verificarse para que se configure este delito.

La escasa claridad en la redacción del delito de enriquecimiento ilícito, genera incompreensión, que se ha llegado a plantear que la conducta típica consiste en "no acreditar" o "no justificar", cuando en realidad la conducta a condenar es el enriquecerse; es decir, el aumento patrimonial que debe ser cuantificable en salarios mínimos, en ningún caso el "no acreditar" o "no justificar" como erróneamente señalan algunos autores o tratadistas del derecho.

Según el tratadista Herrera Pérez, señala: “que de forma errónea varios autores consideran que el tipo que se analiza carece de la descripción del verbo rector que debe contener todo supuesto de hecho, por lo que únicamente se sanciona el resultado.”³

El tipo en estudio es de los llamados tipos complejos, debido a que la conducta fáctica, enriquecerse ilícitamente o aumentar injustificadamente el

³HERRERA PÉREZ, Alberto. *Delitos cometidos por servidores públicos*, México, Porrúa, 2005, Pág. 171.

patrimonio, no transcurre por sí sola, sino que en todo caso, el enriquecimiento ilícito es consecuencia de un acto o actos ilegales anteriores a la configuración de este tipo (de ahí que sea ilícito el enriquecimiento), actos que no son materia de descripción típica en este delito (puesto que al ser descritos, estaríamos en presencia de aquel delito que encierre la comisión de la conducta delictiva y no en el que nos ocupa).

La conducta punible en el delito en estudio es el enriquecimiento como resultado de la realización de la función pública, con motivo de su empleo, cargo o comisión. No opera este delito cuando se desprende que el servidor público se enriqueció por una circunstancia distinta de la función pública.

Cualquier servidor público puede ser sujeto activo de este delito, el tipo penal de enriquecimiento ilícito no hace distinción de servidores públicos; aunque los servidores públicos están obligados legalmente a presentar sus declaraciones patrimoniales conforme lo determina el Art. 231 de la Constitución de la República del Ecuador, también los servidores públicos pueden enriquecerse con motivo de su empleo, aunque no presenten declaración patrimonial en cuyo caso se presume el enriquecimiento ilícito, debiendo la Contraloría General del Estado investigar estos casos, y cuando existan graves indicios de testaferrismo.

La declaración patrimonial que establece la Constitución y la ley a los Servidores Públicos, es de carácter administrativa y representa una prueba indiciaria que deberá ser valorada. La valoración entre lo lícitamente percibido por la remuneración o el salario percibido, y los bienes que posea el servidor público, estará sujeta a comprobación de hechos y circunstancias que indiquen un aumento o desproporción sustancial entre lo percibido por el servidor público con motivo de su empleo, cargo o comisión y lo que realmente cuenta en su haber patrimonial, que acredita el cuerpo del delito y la responsabilidad penal; mismos, que pueden ser desvirtuados por el

acreditamiento por parte del servidor público, la licitud del acrecentamiento del patrimonio.

Las particularidades que han sido señaladas, acerca del tipo penal de enriquecimiento ilícito, hace que el interés legalmente protegido sea el interés del Estado de preservar su potestad de sancionar las conductas delictuosas de los servidores públicos, con la finalidad de evitar la impunidad en la comisión de las mismas.

La clasificación del delito de enriquecimiento ilícito, comprende lo siguiente: En razón de la independencia en la configuración del delito de enriquecimiento ilícito, será un tipo autónomo o independiente. El delito de enriquecimiento ilícito, es un delito de resultado material, toda vez que se requiere un incremento en el patrimonio del sujeto activo. La conducta desplegada por el sujeto activo para lograr el enriquecimiento ilícito, ésta puede verificarse mediante una acción u omisión. La conducta típica consiste en incrementar ilícitamente el patrimonio, lo cual generalmente se realiza a través de una acción pero algunas veces puede ser por la omisión. Es un delito de lesión, pues con el mismo se daña el bien jurídico.

En el artículo 296.1 del Código Penal ecuatoriano, se requiere que el sujeto que despliega la conducta delictuosa tenga la calidad de: *servidor público*; y, conforme al Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador, en su párrafo segundo, puede ser sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito: *cualquier persona que participe en este delito*.

En el delito de enriquecimiento ilícito, el sujeto pasivo es en sentido lato: *el Estado*. En el delito de enriquecimiento ilícito, el sujeto pasivo es en sentido estricto: la Administración Pública.

Los elementos normativos del delito de enriquecimiento ilícito, esencialmente son los siguientes: Empleo, Cargo, Comisión, Servicio

público, Enriquecimiento, Ilícito, Servidor público, Patrimonio, Bienes, y Responsabilidad penal.

En el delito de enriquecimiento ilícito encontramos como elementos objetivos referidos a la acción, el incrementar el patrimonio o enriquecerse. En relación con el objeto de la acción, éste se integra por los bienes que constituyen el incremento patrimonial del activo, que se encuentren a su nombre o respecto de los cuales se conduce como dueño en términos de la Ley. Respecto del resultado es el incremento patrimonial ilícito. Por cuanto hace a las circunstancias externas del hecho, en este tipo de delito se considera que no existen.

Delito de comisión dolosa, así nos lo indica la propia estructura del tipo en el Art. 296.1 del Código Penal, cuando hace referencia en sentido contrario a la legitimidad del incremento injustificado del patrimonio como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos.

En cuanto al contenido del mencionado artículo, se desprende que no es posible hablar de tentativa, pues dada la naturaleza del delito, se entiende que cuando el actor comienza a realizar actos para enriquecerse, podría estar llevando a cabo acciones de un delito diverso, como lo puede ser la tentativa de peculado, cohecho, concusión, entre otros, pero no tentativa de enriquecimiento ilícito; es por ello que, no puede existir tentativa de enriquecimiento ilícito.

El delito de enriquecimiento ilícito difícilmente puede presentar causas de justificación, no obstante que el tipo penal alude a la acreditación de la legalidad del origen de los bienes, pues tal acreditación o justificación del enriquecimiento que se hiciera, no constituirá una causa de exclusión de la Antijuridicidad, sino más bien una causa de atipicidad, ya que si el

enriquecimiento es legal, lo que se elimina es el tipo, y no la Antijuridicidad.

En el momento en que un servidor público acredita que su incremento patrimonial fue producto de una herencia o de un premio de lotería, no se trata del ejercicio de un derecho, sino que su conducta no es típica, en virtud de que su enriquecimiento no fue ilegítimo.

Análisis de la sanción penal del enriquecimiento ilícito

El legislador al formar el tipo penal de enriquecimiento ilícito, y sancionar el mismo, en el Código Penal Ecuatoriano, mediante Ley 6. RO-S. 260, 29 de agosto de 1985, en primera instancia con una pena de uno a cinco años, y posteriormente mediante Ley 2001-47, Registro Oficial No. 422, del 28 de septiembre del 2001, que reformó al Art. 296.2, del citado código con la pena de dos a cinco años, no siguió una estructura gramatical a los demás delitos de peculado, cohecho o concusión, en los que describen la conducta y la pena aplicable en un solo artículo, y lo establecen de acuerdo al cargo que desempeñan, a las circunstancias que lo rodean; llegando a establecer sanciones de tres a seis años de reclusión en el delito de cohecho agravado; de cuatro a ocho años de reclusión de cohecho a jueces y árbitros, entre otros.

La Constitución de la República del Ecuador, establece:

“6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”⁴

“Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y

⁴Constitución de la República del Ecuador, 2012.- Art. 76

*enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”*⁵

Por mandato constitucional, los delitos de la administración pública son considerados como delitos graves, y por lo tanto deben ser sancionados por la ley penal de manera ejemplarizadora, imponiendo penas de reclusión y no de prisión; esto tiene su fundamento, en las reformas realizadas al Código de Procedimiento Penal, que prohíbe la Conversión en delitos de acción pública cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afecten los intereses del Estado; tampoco procede los acuerdos de reparación, esto es, el Estado o sus representantes no puede convenir en acuerdos de reparación con el procesado; tampoco se puede sustituir la medida cautelar de prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de delitos contra la administración pública; en estos casos, son considerados y equiparados a los delitos de violencia sexual, de odio, de aquellos delitos que resulte la muerte de una o más personas, y que son sancionados con reclusión o superior a cinco años de prisión.

Por todo lo expuesto, se fundamenta que es necesario que se reforme el Art. 296.2 del Código Penal y se establezca un pena de nueve a doce años de reclusión por tratarse de una delito grave que atenta contra el patrimonio del Estado, y por tratarse de un delito contra la administración del Estado, que por mandato constitucional, es un delito imprescriptible.

⁵ IBIDEM, Art. 233, inciso segundo.

2.5. JURISPRUDENCIA.

a) CASO No. 1

JUICIO PENAL N° 560-05 seguido en contra de Armando Heriberto Becerra Totoy y Edgar Ramiro Estrada Guevara por los DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO y peculado, sancionados por el Art. 296, numeral 2 y el Art. 257 del Código Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Quito, marzo 13 del 2008; las 09h50.- VISTOS: Los sentenciados Armando Heriberto Becerra Totoy y Edgar Ramiro Estrada Guevara interponen recurso de casación de la sentencia condenatoria de mayoría, dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Riobamba, en la que se les declara autores responsables de los delitos de enriquecimiento ilícito y peculado, sancionados por el Art. 296, numeral 2 y el Art. 257, 4 del Código Penal y se les impone la pena de 4 años de prisión correccional a cada uno. Para resolver se considera: PRIMERO.- Esta Sala Especializada de lo Penal es competente para conocer y resolver este recurso de casación por el sorteo de ley realizado el 9 de diciembre del 2005.- SEGUNDO.- Que es obligación de todo Juez y Tribunal respetar el debido proceso, de conformidad con el numeral 27 del Art. 24 y 192 de la Constitución Política vigente. En la presente causa, de conformidad con lo establecido en el Art. 122 de la Constitución Política **para iniciar la acción por el delito de enriquecimiento ilícito, constituye requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, el examen de la Contraloría en que se establezca las presunciones de enriquecimiento ilícito.** En aplicación de esta norma constitucional, el Art. 5 de la Ley que regula las declaraciones patrimoniales juramentadas, establece el trámite administrativo que debe seguir la Contraloría General del Estado para declaración de indicios de responsabilidad penal por el delito de enriquecimiento ilícito como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, porque solo cuando

existe esta declaración se remitirá el informe correspondiente junto con las evidencias acumuladas sobre el presunto enriquecimiento ilícito al Ministerio Público para el ejercicio de la correspondiente acción penal y también lo establece en el Art. 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. De igual modo, en el Art. 212 de la Constitución Política, establece que, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por el delito de peculado, es necesaria la declaración para la existencia de indicios de responsabilidad penal por el Contralor General del Estado, en aplicación de la mencionada norma constitucional y de los Arts. 31 numeral 34, 39 y 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.-TERCERO.- Examinado el primer cuerpo, de fojas 5 a 47 de los autos, consta la auditoría financiera realizada a la Municipalidad del Cantón Guano, provincia de Chimborazo durante el periodo 1996-04-01 a 1999-06-30, y entre sus conclusiones no consta la declaración de los indicios de responsabilidad penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, formulada por el Contralor General del Estado, conforme lo exige las disposiciones legales antes citadas de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la Constitución Política del Estado. A fojas 33 a 40 del cuaderno de casación, consta copia certificada del señor Contralor General del Estado N° 9123 de fecha 13 de febrero del 2006, de la que se conoce que mediante Resolución N° 7073 de 18 de febrero del 2004 se confirmaron glosas en contra de funcionarios y contratistas del Ilustre Municipio del Cantón Guano, provincia de Chimborazo, en base de las glosas previamente notificadas, como resultado al estudio al informe de los Estados de Situación Financiera de ese Gobierno Seccional, que comprendió el examen a las cuentas de activos, pasivos, patrimonio y gastos efectuados al 30 de octubre del 2005 y al 30 de diciembre de 1998 y 1997, que concluyó la evaluación al sistema de control interno administrativo financiero, en la que se resuelve desvanecer estas glosas civiles, expresando textualmente que: "... RESUELVE: I. En atención a la disposición transitoria primera constante en el capítulo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro

Oficial N° 595 de 12 de junio del 2002. DESVANECER la responsabilidad civil solidaria por la cantidad de S/. 1.264'775.056 confirmada mediante Resolución 7073 de 18 de febrero del 2004, en contra de funcionarios y contratistas del I. Municipio del cantón Guano, provincia de Chimborazo, de acuerdo al siguiente detalle. NOMBRE Y CARGO V/CONFIRMADO V/DESVANECIDO Marco Vinicio Almendariz Altamirano DIRECTOR DE OBRAS PUBLICAS S/. 6'729.258, Armando Heriberto Becerra Totoy ALCALDE S/. 1'258'045.798 S/. 1.256'045.798 Paco Edwin Lema González JEFE FINANCIERO S/. 1.264'775.056 S/. 1.264'775.056 Nancy Mercedes Montero Ramos TESORERA S/ 1.258'045.798 S/ 1.258'045.798 Efraín Alonso Ramos Orna CONTRATISTA S/. 3'876.000 S/. 3'876.000.

II. Remitir copia certificada de la presente Resolución al señor Alcalde del I. Municipio del Cantón Guano, provincia de Chimborazo, a fin de que se sirva disponer se anulen los títulos de crédito que se hubieren emitido en base a la resolución recurrida. III. La Secretaría de la Dirección de Responsabilidades tomará nota de los valores desvanecidos para su registro y fines legales pertinentes...". La Sala observa que mediante esta resolución se establece que el Contralor General del Estado no formuló declaración de indicios de responsabilidad penal por los delitos de enriquecimiento ilícito y peculado que son objeto del juicio y la sentencia condenatoria impugnada mediante recurso de casación, sino con posteridad a la realización de la auditoría financiera, en resolución del Contralor General del Estado N° 7073 del 18 de febrero del 2004 se estableció responsabilidades civiles contra los ahora recurrentes, mediante el establecimiento de las respectivas glosas, las mismas que se han desvanecido en su totalidad mediante la Resolución Definitiva N° 9123 del 16 de febrero del 2006, de tal modo que resulta evidente que se inició el proceso penal, sin que exista el requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, consistente en la declaración de indicios de responsabilidad penal por el señor Contraloría General del Estado contra los recurrentes, vulnerándose de esta forma el derecho al debido proceso, por haberse iniciado la instrucción fiscal sin que previamente la Contraloría General del Estado haya formulado la

declaración de indicios de responsabilidad penal contra los ahora recurrentes, lo cual vulnera el numeral 1 Art. 24 de la Constitución Política, que garantiza el principio de legalidad como garantía del debido proceso, y el Art. 192 de la Carta Magna, que establece que en el proceso deben hacerse efectivas las garantías del debido proceso una para efectiva administración de justicia, de tal modo que se ha conculcado el derecho al Debido Proceso, contemplado en el numeral 27 del Art. 24 ibídem.- CUARTO.- Que los Arts. 18 y 273 de la Constitución Política imponen a los jueces y tribunales la obligación jurídica constitucional y procesal de hacer efectivas las garantías del debido proceso, sin condición alguna, en razón de que todo acto en el que se contiene su violación es inconstitucional y carece de valor, así como también carecen de valor todos los resultados o actuaciones procesales obtenidos en base a este acto inconstitucional, de conformidad con el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política y el Art. 80 del Código de Procedimiento Penal. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta el recurso de casación interpuesto y como consecuencia, se revoca la sentencia condenatoria dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Riobamba y se absuelve a Armando Heriberto Becerra Totoy y Edgar Ramiro Estrada Guevara.- Notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Luis Abarca Gáelas, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Luis Cañar Lojano, Magistrado.

f.) Dr. Rodrigo Serrano Balarezo, Conjuez Permanente.

Certifico.

f.) Dr. Honorato Jara Vicuña, Secretario Relator.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SEGUNDA SALA DE LO PENAL.-
Es fiel copia de su original.- Quito, 7 de noviembre del 2008.- Certifico.- f.)
El Secretario Relator.

b) CASO No. 2

CASO No. 260-04 (R.0. No. 467, de fecha 23 de noviembre del 2004.)

Daniel Lozada Cortez por el delito de cohecho y ENRIQUECIMIENTO
ILÍCITO en perjuicio del Consejo Provincial de Orellana.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL.-
Quito, 30 de junio del 2004; las 17h55.- VISTOS: La Corte Superior de
Tena, como Tribunal de fuero para el juzgamiento del señor Daniel Lozada
Cortez, Prefecto Provincial de Orellana, dictó sentencia condenatoria en su
contra, imponiéndole pena de cinco años de prisión correccional y la
obligación de restituir el duplo de lo percibido, por considerarle penalmente
responsable de los delitos de cohecho y enriquecimiento ilícito.- El
sentenciado interpuso recurso de casación, remitido a esta Sala previo el
sorteo de ley.- Por concluido el trámite, para decidir se considera:
PRIMERO.- Esta Sala tiene jurisdicción y es competente para decidir la
impugnación, de conformidad con los artículos 200 de la Constitución
Política de la República, 349 del Código de Procedimiento Penal y 60 de la
Ley Orgánica de la Función Judicial. SEGUNDO.- No se observa ninguna
de las causas de nulidad previstas en el artículo 330 del Código de
Procedimiento Penal que ameriten el pronunciamiento de la Sala al tenor del
artículo 331 ibídem. TERCERO.- La sentencia condenatoria se sustenta en
las pruebas incorporadas al proceso, demostratorias de que: siendo Prefecto
de la Provincia de Orellana el señor Daniel Lozada Cortez, celebró un
contrato con el ingeniero Héctor Yumbra León para la construcción de un
puente metálico sobre el río Comuna Santa Catalina, sector Palma Oriente,
de esa jurisdicción provincial, habiéndose pagado al contratista en concepto
de anticipo del valor total del contrato, la cantidad de S/. 68'880.000 sucres,

que representa el 70% de su cuantía, mediante cheque número 353570, girado contra la cuenta corriente del Consejo Provincial de Orellana en el Banco Nacional de Fomento; cheque que fue depositado en la Cuenta de Ahorros número 02 en la Cooperativa de Ahorro y Crédito Francisco de Orellana, CACFO, perteneciente a Daniel Lozada Cortez, quien retiró o mandó retirar en varias operaciones los fondos consignados a su favor.- El juzgador en el fallo, luego de analizar las pruebas con sana crítica, concluyó que **"el depósito de dinero del anticipo contractual hecha por el contratista en la cuenta de ahorros del señor Prefecto Provincial de Orellana, no fue una simple coincidencia, un error o una equivocación, sino que estuvo previamente planificado, de tal manera que dicho contratista conocía perfectamente el número de cuenta de ahorros del Prefecto en mención, quien sin duda alguna lo proporcionó para que allí se haga el depósito.** Sensatamente a nadie se le ocurriría hacer un depósito de dinero en una cuenta ajena sin que con antelación no haya existido un acuerdo, un entendimiento, un acto preparatorio..."; por lo que se condenó al procesado Daniel Lozada Cortez "en virtud de haber infringido el artículo 285 del Código Penal y los dos primeros artículos ya transcritos del Capítulo de Enriquecimiento ilícito". CUARTO.- El recurrente alega violación en la sentencia de los artículos 24 -numerales 1, 10 y 17- y el artículo 121 de la Constitución Política de la República; la regla sexta del artículo 81 del Código Penal, en concordancia con su artículo 285 y con los dos primeros artículos agregados después del artículo 296 ídem; así como los artículos 233, 251, 309 y 310 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo: A) Que no obstante haberse llamado ajuicio al ingeniero Héctor Yumbla León, se dejó de sancionarle por haberse declarado suspendida para él la etapa de juzgamiento, por estar prófugo, cuando según ese precepto constitucional y lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, los acusados de los delitos de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito deben ser juzgados aún en ausencia; B) Que la sentencia le sanciona por el delito de enriquecimiento ilícito, por haberse incrementado su cuenta de ahorros, cuando según el artículo 296.1 del

Código Penal, la existencia del delito de enriquecimiento ilícito se configura al producirse "incremento injustificado del patrimonio" de un funcionario público, no de una cuenta de ahorros, lo que implica violación tanto del artículo 296.1, como del numeral 1 del artículo 24 de la Constitución, esta última norma, porque ordena juzgar a toda persona con "observancia del trámite propio de cada procedimiento", no habiéndoselo observado en esta causa, porque según el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, que también fue contravenido, "la etapa del juicio debe sustanciarse en base a la acusación fiscal, y si no hay acusación fiscal no hay juicio", indicando el recurrente, que no fue acusado de cohecho ni de enriquecimiento ilícito por el Fiscal, sino del delito de peculado, cuya inexistencia declaró el Presidente de la Corte Superior de Tena, como Juez de fuero en la etapa intermedia.- Estima también violados los numerales 10 y 17 del artículo 24 de la Constitución, por haber sido puesto en indefensión, juzgándole por un delito no acusado, insistiendo en que el Ministro Fiscal Distrital le imputó el delito de peculado, pero fue llamado a juicio por el delito de cohecho y se le condenó por enriquecimiento ilícito; C) Que la violación de la regla sexta del artículo 81 del Código Penal, se produce porque esta norma ordena que "cuando un solo acto constituya varias infracciones se impondrá la pena más rigurosa", y que la sanción más grave para reprimir el cohecho es la restitución del triple, no la del duplo, del valor recibido, y que el recurrente ha sido condenado a la restitución solo del duplo y no del triple, contraviniéndose también el artículo 296.2 del Código Penal que sanciona el enriquecimiento ilícito con el duplo de su monto pero siempre que no constituya otro delito; D) Que hay violación del artículo 285 del Código Penal, por no habérselo interpretado correctamente, ya que esta norma implica la participación de dos personas, resultando en esta causa que al supuesto cohechador no le sanciona, no obstante que "a mi me inculpan por cohecho", agrega que para configurar el referido delito se requiere que un funcionario público acepte o reciba ofertas, promesas, dones o presentes para ejecutar un acto de su empleo no sujeto a retribución; que el contrato dado al ingeniero Yumbla fue adjudicado por un comité, no por el Prefecto,

"no hubo sobreprecio, la obra fue concluida y recibida a satisfacción de la entidad contratante", sin ser cierto que "el Prefecto haya recibido ofertas, dones, promesas o presentes"; ni que, con la demostración de haber dinero en una cuenta de ahorros pueda probarse la existencia de cohecho; y. E) que hay violación de los artículos 309 y 310 del Código de Procedimiento Penal, por no reunir la sentencia los requisitos formales que debe contener y porque existiendo varios acusados el Tribunal debía referirse en la sentencia a cada uno de ellos, indicando si son autores, cómplices o encubridores o declarando su inocencia, habiéndose infringido esta norma porque nada dice la sentencia respecto del coacusado ingeniero Héctor Yumbra León.

QUINTO.- La doctora Mariana Yépez de Velasco, Ministra Fiscal General del Estado, en el escrito de folios 11 a 13 del cuaderno de casación, al contestar la fundamentación del recurrente, expresa: "Como la fundamentación del recurso se orienta directamente a cuestionar el delito por el que se condena al recurrente, que no es el mismo que el Fiscal acusó inicialmente, me remitiré exclusivamente a este asunto sin entrar a formular ninguna otra consideración.- Al respecto, el inciso último del numeral 1 del Art. 24 de la Constitución dispone que 'tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento' y el trámite previsto por el Código de Procedimiento Penal en el Art. 251 es que: 'la etapa del juicio se sustanciará a base de la acusación fiscal. Si no hay acusación fiscal, no hay juicio'.- Ahora bien, según el principio de congruencia, el juicio debe desarrollarse en relación con el delito que acusa el Fiscal, no por otro; en razón de que el o los imputados lógicamente se defienden de lo que se les imputa y en base a ello preparan su defensa y la prueba para sustentarla. Hacer lo contrario es atentar contra el principio de defensa garantizado no solo en el numeral 10 del Art. 24 de la Constitución Política sino en los Tratados Internacionales ratificados por el Estado... Lo antes expuesto, demuestran sin lugar a dudas que en la sentencia se han violado las disposiciones legales y constitucionales mencionadas por el recurrente, por lo que estimo la Sala debe casar la sentencia y corregir los errores de derecho en que incurren los

Juzgadores. No debemos olvidar que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar las garantías del debido proceso en la Constitución". SEXTO.- Examinada la sentencia y los autos en relación con las alegaciones del recurrente y la contestación de la señora Ministra Fiscal General, esta Sala encuentra: 1. Que el señor Daniel Lozada Cortez fue llamado a juicio por el delito de cohecho, según pronunciamiento del Juez del fuero, constante a fojas 612 a 616 de los autos.- El artículo 232 del Código de Procedimiento Penal atribuye al Juez que interviene en la etapa intermedia del proceso dictar el auto de llamamiento a juicio, cuando considere que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia de delito y sobre la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor; debiendo hacerse en el auto la descripción clara y precisa del delito cometido y la determinación del grado de participación del acusado; y el artículo 285 del mismo código dispone: que en el día y hora fijados para que comience el juicio, luego de verificar la presencia del acusado, del Fiscal, del acusador particular si lo hubiere, del ofendido, de los testigos, peritos o traductores, se "debe declarar abierto el juicio y ordenar la lectura del auto de llamamiento a juicio" -no de la acusación presentada por el Fiscal al término de la instrucción-; y el artículo 315 ídem ordena: "que el tribunal no podrá dictar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio, ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos". Es decir, el delito que debe juzgar el Tribunal Penal no es el que hubiere acusado el Fiscal al término de la instrucción, sino el que se hubiere imputado en el auto de llamamiento a juicio.- Cabe señalar que el razonamiento del Presidente de la Corte Superior de Justicia del Tena, al respecto, fue el siguiente: "En mi calidad de juez de fuero, con la facultad legal que me hallo asistido, consideré que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito de cohecho y dicté auto de llamamiento a juicio, en aplicación a lo que determina el Art. 378 en concordancia con el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal. El verbo

"considerar" que utilizan los artículos en referencia, para dictar el auto de llamamiento a juicio, según la aceptación de la Real Academia de la Lengua, significa "pensar", meditar, reflexionar una cosa con atención y cuidado", así como "juzgar" y como sinónimo "estimar", se fundamenta en los resultados de la Instrucción Fiscal... El objetivo evaluador de la etapa intermedia es la de dar oportunidad al Juez para que sojuzgue acerca de la posible responsabilidad del imputado en los hechos delictivos; juzgamiento que debe efectuarse sobre la base de las evidencias o elementos de prueba que el fiscal con la ayuda de la Policía Judicial hubieren obtenido en la etapa de Instrucción Fiscal. Tal evaluación, sobre la base de las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial en la instrucción fiscal, y las de la defensa, corresponden exclusivamente al juez, quien luego de escuchar las intervenciones verbales de las partes, juzgan y resuelven si se debe o no pasar a la siguiente etapa, la del juicio, como así se lo ha hecho en la especie" (fojas 623 de los autos).- Este Tribunal Supremo consigna que la infracción imputada en el auto de llamamiento a juicio fue concretada al delito de cohecho, que tipifica el artículo 285 del Código Penal; por lo que no hay asidero para la alegada violación del artículo 251 del Código Penal ni del numeral 1 del artículo 24 de la Constitución Política, ya que el juzgador ha dado aplicación correcta al procedimiento establecido para el juzgamiento de la infracción, según el Código Procesal Penal del 2000, vigente al tiempo en que se inició la causa.- 2. Consta así mismo de autos, que el procesado pudo defenderse de la acusación de cohecho por la que fue llamado a juicio, que en efecto se defendió y que incluso en ejercicio de su defensa dedujo el recurso de casación que examina la Sala, por lo que carece de fundamento sus alegaciones sobre violación de los numerales 10 y 17 del artículo 24 de la Constitución.- 3. En cuanto a que se infringieron el artículo 121 de la Constitución Política, los artículos 233 y 310 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse juzgado al ingeniero Héctor Yumbra, pese haber sido llamado a juicio, bajo presunción de ser cohechador, la Sala encuentra que ciertamente existe esta omisión en el proceso, puesto que conforme aquel precepto constitucional, los funcionarios públicos que

cometan - o las personas que sin tener esa calidad participen en el cometimiento de - un acto punible por cohecho, (como es el caso) deben ser juzgados en ausencia, habiéndose incurrido en error al declararse suspenso el juicio por la condición de prófugo del ingeniero Yumbra. Más, los vicios in procediendo no dan lugar al recurso de casación, sino únicamente los vicios in indicando; ni sería legal y ético que por no haberse juzgado al cohechador la Sala absuelva a quien aceptó el cohecho dejando impune el delito." 4. La violación en la sentencia de los requisitos formales que establece el artículo 309 del Código Penal da lugar al recurso de nulidad, según lo dispuesto por el numeral segundo del artículo 330 ibídem; y por tanto respecto de ese vicio no procede el recurso de casación, tanto más que la Sala no observa en la sentencia dictada en esta causa, incumplimiento de aquellos requisitos ni que haya incongruencia entre los considerandos y la parte resolutive como afirma el recurrente.- 5. Conforme antes se expresó, el Tribunal Penal debe juzgar el delito acusado en el auto de llamamiento a juicio, que es la infracción de la cual el procesado ejerce la defensa, y se dijo ya, que en el auto de llamamiento a juicio se imputó a Daniel Lozada Cortez, el presunto cometimiento del delito de cohecho, (cuya existencia material y responsabilidad del procesado, consta demostrada), **pero el juzgador consideró que también se había cometido el delito de enriquecimiento ilícito, por que el cohecho dio origen a un incremento injustificado del patrimonio personal del acusado.** La Sala considera que el juzgador infringió la ley en la sentencia al condenar a Daniel Lozada Cortez por el delito de enriquecimiento ilícito imputado en el auto de llamamiento a juicio, y que tampoco es aplicable - así se lo hubiera imputado en ese auto- **porque el segundo artículo agregado después del artículo 296 del Código Penal, dispone que el enriquecimiento ilícito se sancionará "siempre que no constituya otro delito",** y en el caso, es el delito de cohecho; y, **finalmente, porque la Ley 2003-4, publicada en el Registro Oficial número 83 de 16 de mayo del 2003, establece que habrá lugar a la represión del enriquecimiento ilícito cuando la Contraloría General del Estado determine que hay un incremento injustificado en el**

patrimonio de un servidor público, después de comparar su declaración patrimonial juramentada rendida al inicio del cargo, con el patrimonio que tenga a posteriori; y siempre que, emplazado el servidor público para que concurra ante la Contraloría General del Estado a justificar el incremento de su patrimonio, no lo hiciere o compareciendo, no lo justifique; y nada de esto se ha practicado en la presente causa, siendo por tanto procedente, pero sólo en esta parte, el recurso deducido por el sentenciado por existir violación de la ley en el fallo, al haberse indebidamente aplicado los dos primeros artículos agregados después del 296 del Código Penal. SÉPTIMO.- Los elementos que configuran el delito de cohecho son los siguientes: a) Ser el acusado funcionario público; b) Aceptar ofertas o promesas, o recibir dones o presentes; y, c) Por la ejecución de un acto de su empleo u oficio, pero no sujeto a retribución.- En la causa que se examina aparece plenamente demostrado, con pruebas debidamente actuadas y valoradas, que el Prefecto de Orellana, señor Daniel Lozada Cortez, al tiempo del acto punible, ejercía la función de representante legal del Consejo Provincial de Orellana, función pública tanto por la naturaleza del cargo cuanto porque un Consejo Provincial es una entidad del sector público. También se halla demostrado que el Prefecto de Orellana ejecutó un acto de su empleo, cuando celebró el contrato para la construcción del puente metálico sobre el río Comuna Santa Catalina, acto no sujeto a retribución.- Finalmente hay demostración plena de que el 70% del valor del contrato, esto es la cantidad de S/. 68'880.000 sucres recibida en cheque a su orden, en concepto de anticipo fue endosado por el contratista y fue depositado en la cuenta de ahorros del Prefecto de Orellana, quien retiró los fondos en varias operaciones por distintas cantidades, habiéndose hecho el primer retiro por S/. 18'000.000 de sucres, a los quince minutos de efectuado el depósito, como se desprende del documento de folios 188 de los autos y de la copia certificada de la libreta de ahorros que registra esa operación.- La existencia del delito de cohecho está demostrada, con la constatación fehaciente e indubitable del depósito en cuenta personal del Prefecto, servidor público, del cheque dado al contratista, por una

entidad pública, en pago parcial del precio convenido para ejecución de la obra contratada con dicho servidor de la entidad y la ulterior aceptación de ese depósito por quien lo recibió en su cuenta personal, aceptación que se manifiesta por el retiro inmediato y otros graduales o sucesivos de los fondos ilegalmente depositados a su favor. Como bien analiza el juzgador en la conclusión de las consideraciones contenidas en su fallo, el depósito de una muy significativa parte del precio pactado para la ejecución de la obra, en la cuenta personal del servidor público contratante, utilizando el mismo cheque con el que se hizo el anticipo, no fue coincidental o equivocado, sino el cumplimiento de la promesa u oferta del contratista, de acreditar al Prefecto de Orellana, una parte del precio estipulado, para el caso de que se celebre el contrato, que en efecto aquel personero público celebró con el ingeniero Héctor Yumbra. Las mismas pruebas que acreditan la existencia material de la infracción demuestran la responsabilidad del procesado como autor del delito de cohecho que tipifica el artículo 285 del Código Penal; sin que el hecho de que todavía no se sanciona al cohechador por no haberse efectuado su juzgamiento- signifique violación de aquel artículo, como equivocadamente sostiene el recurrente en el escrito para sustentar su recurso. OCTAVO.- El artículo 285 del Código Penal señala diversas penas para el delito de cohecho según la naturaleza del acto ejecutado por promesas o presentes. Si el acto es justo, la pena establecida según el inciso primero, es de prisión de seis meses a tres años, multa y restitución del duplo de lo que se hubiere percibido.- Cuando el acto es manifiestamente injusto o cuando las ofertas aceptadas o dones recibidos han sido por abstenerse de ejecutar un acto de su obligación, la pena es según el inciso segundo del mismo artículo de uno a cinco años de prisión, multa, más la obligación de restituir el triple de lo percibido.- Conforme consta a fojas 182 del expediente del juicio, la Contraloría General del Estado, mediante oficio DJP-18944, suscrito por el doctor Eduardo Muñoz Vega, Director Jurídico, deja constancia que del estudio del informe del examen especial al proceso de contratación y ejecución del puente sobre el río Acorano, si bien de conformidad con la verificación física de la obra se establece que ella ha

sido concluida en su totalidad y entregada, así como que los volúmenes de la obra concuerdan razonablemente con los valores contratados y que por tanto, no existe observación alguna que hacer respecto de la ejecución de ella, se desprende la existencia de indicios de responsabilidad penal porque el valor del anticipo entregado al contratista ha sido depositado en una cuenta de ahorros del señor Daniel Lozada Cortez, Prefecto Provincial de Orellana; y, en el informe del examen especial que aparece a partir de folios 466 de los autos, se hace constar la existencia de un concurso privado de precios, por la cuantía de la obra, en el que se presentaron el ingeniero Yumbra León ofertando la obra por S/. 98'400.000 sucres y plazo de entrega de cuarenta y cinco días; y, el ingeniero Miguel Brito Ávila cotizándola por S/. 105'072.910 sucres y plazo estimado de entrega de sesenta días, habiéndose efectuado la adjudicación a la oferta más conveniente por precio y plazo de entrega, tanto más que el Prefecto Provincial dispuso al Procurador Síndico del Consejo Provincial de Orellana, que realice el proceso precontractual y contractual para la construcción de la obra con estricta sujeción a la Ley de Contratación Pública, conforme aparece del oficio 99-0161 -HCPO de 20 de agosto de 1999, que obra en la página 33 del informe de la Contraloría.- Por ello, este Tribunal Supremo considera que el acto ejecutado por el Prefecto Provincial al suscribir el contrato para la construcción de la obra, no fue manifiestamente injusto, ni consistió su conducta en abstenerse de ejecutar un acto de su obligación, por lo que no es aplicable la pena prevista en el inciso segundo del artículo 285 del Código Penal sino la del inciso primero, que sanciona el cohecho para realizar un acto justo, propio de su cargo, pero no sujeto a retribución, con la pena de seis meses a tres años, multa de cincuenta a cien sucres, más la restitución del duplo de lo que hubiere percibido. NOVENO.- El numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política del República prohíbe que al resolver la impugnación de una sanción se empeore la situación del recurrente. La sentencia impugnada por Daniel Lozada Cortez no le impone la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a que da lugar toda sentencia condenatoria, particularmente cuando hay agravio a las entidades del sector

público; pero por aquella prohibición constitucional, este Tribunal Supremo, no puede establecerla.- RESOLUCIÓN: Por las razones que anteceden, estimando procedente el recurso deducido en esta causa, según lo expuesto en el numeral 5 del considerando sexto, esta Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, **casa la sentencia impugnada, declarando que el procesado Robinson Daniel Lozada Cortez, es autor del delito de cohecho que tipifica el inciso primero del artículo 285 del Código Penal;** y, acorde con la sanción prevista en dicha norma, se le impone la pena máxima de tres años de prisión, más la obligación de restituir el duplo del valor depositado en su cuenta.- Se ordena la captura del sentenciado, y se dispone al señor Secretario de la Sala oficiar al señor Comandante General de la Policía Nacional, para ejecutarla.- La presente sentencia lleva implícita la interdicción prevista en el artículo 60 del Código Penal.- Practíquese el juzgamiento en ausencia del ingeniero Héctor Yumbra León, en el caso de no ser capturado, conforme el auto de llamamiento a juicio dictado en su contra.- **El presente fallo no limita en forma alguna la potestad de la Contraloría General del Estado para investigar enriquecimiento ilícito del sentenciado, por actos diferentes al que ahora se sanciona.**- Devuélvase el proceso al juzgador de origen para los fines de ley.- Notifíquese.

f.) Dr. Eduardo Brito Mieles, Magistrado - Presidente.

f.) Dr. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado.

f.) Dr. Gonzalo Zambrano Palacios, Magistrado.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

En Quito, hoy uno de julio del dos mil cuatro, a las dieciocho horas, notifico con la nota de relación y sentencia que anteceden, a la Sra. Ministra Fiscal General por boleta dejada en el casillero No 1207, a Daniel Robinson Lozada le notifico en el casillero No 598.

Certifico.- f.) Secretario Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1ª Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 30 de julio del 2004.-

Certifico.- f.) Secretario Relator.

2.6. DERECHO COMPARADO

Legislación Española

En España no existe el delito de enriquecimiento ilícito; sin embargo, se contemplan delitos que regulan la actuación de los funcionarios públicos, en el Código Penal Español, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que fue actualizado en diciembre del año 2007, en su Título XIV De los Delitos Contra la Hacienda Pública y Contra la Seguridad Social, correspondiente del artículo 305 al artículo 310 de forma sustancial se puede señalar que la Legislación Penal Española, establecen una regulación acerca de la “defraudación a la Hacienda Pública”⁶; rige las actividades de la administración pública, en el tema de recursos económicos, a través de la omisión o falsedad en las declaraciones tributarias; sin embargo, en España no existe el delito de enriquecimiento ilícito, ni de forma similar como se tipifica en nuestra República del Ecuador.

Legislación de los Estados Unidos de Norte América

El delito de enriquecimiento ilícito no ha sido contemplado en el Código Penal en los Estados Unidos de Norte América; se reprime la corrupción en

⁶Código Penal Español. Diciembre del 2007, Artículos 305 al artículo 310.

la administración pública, con delitos de peculado, cohecho, prevaricato, el tráfico de influencias, entre otros.

El enriquecimiento ilícito es considerado como un acto de corrupción dentro de la administración pública por lo tanto es sancionado administrativamente con la destitución del cargo, y el decomiso de los bienes mal adquiridos.

Legislación de la República de Argentina

El tratadista Miguel Inchausti, señala que, “el antecedente del delito de enriquecimiento ilícito lo encontramos en Argentina, en el año de 1936, con el documento *Corominas Segura*, que contemplaba dos hipótesis:

- a) Presunción de enriquecimiento ilícito, se incrimina al que desde su cargo lucra; y
- b) Acrecentamiento patrimonial que no provinieren de específicas fuentes.”⁷

De lo expuesto se establece que la legislación argentina establece como presunción de enriquecimiento ilícito aquel funcionario o empleado público que desde su cargo lucra, obtiene ganancias por el desempeño de su cargo; e incrimina el acrecentamiento patrimonial no proveniente del sueldo o de otras fuentes específicas.

Legislación Colombiana

El delito de enriquecimiento ilícito, se contempla en Colombia; a diferencia de otros países, son susceptibles de cometer este delito: los

⁷INCHAUSTI, Miguel., citado por Cárdenas Rio seco, Raúl F. “*Enriquecimiento ilícito*”, México, Porrúa, 2004. Pág. 19.

servidores públicos y los particulares. En el Libro Segundo del Código Penal de Colombia, en su Título X, Delito Contra el Orden Económico Social, Capítulo Quinto, establece Del Lavado de Activos; señala en el artículo 327 que: "Enriquecimiento ilícito de particulares. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".⁸

Disposición legal, que sanciona el enriquecimiento ilícito de particulares, con penas de prisión de seis a diez años y multa correspondiente al doble del incremento patrimonial no justificado.

Mediante Consulta Popular realizada con fecha 7 de mayo del 2011, se preguntó al Pueblo Ecuatoriano, por Decreto Ejecutivo, publicado en el Registro Oficial No. 399, del miércoles 9 de marzo del 2011, en su pregunta seis lo siguiente:

6. Del enriquecimiento privado no justificado.

¿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?

Pregunta que fue aprobada por el Pueblo Ecuatoriano de manera mayoritaria, sin embargo hasta la presente fecha la Asamblea Nacional no ha expedido la correspondiente reforma legal, dentro de los tiempos razonables del trámite legislativo.

⁸Código Penal de Colombia. Junio del 2010, Artículo 327.

Del estudio comparativo se desprende la necesidad de establecer el concepto del enriquecimiento ilícito para determinar con claridad los elementos que constituyen esta figura jurídica, establecer el núcleo rector y el bien jurídico que protege la ley.

2.7 .Hipótesis

2.7.1. Hipótesis General

“Desde hace algún tiempo, la ciudadanía está viviendo con gran preocupación un delito (enriquecimiento ilícito), que hasta la presente fecha no tiene un resultado con una pena, como delito de reclusión.

2.7.2. Hipótesis Específicas

El delito del enriquecimiento ilícito sancionado en el Art. 296.2 del Código Penal hasta una pena 2 a 5 años de prisión, se debe incrementar de 9 a 12 años de reclusión, por afectar al sector público como al patrimonio nacional.

El Art. 296.2 del Código Penal no establece penas de reclusión para el delito de enriquecimiento ilícito, por no considerarlo como un delito grave que afecta al sector público y al patrimonio nacional del Estado ecuatoriano. El delito del enriquecimiento ilícito previsto en el Código Penal, atenta contra el principio de la debida proporcionalidad entre el tipo de delito y la imposición de la pena al establecer penas de prisión de 2 a 5 años.

2.8. Operalización de Variables: Variable Independiente

- El delito del enriquecimiento ilícito sancionado en el Art. 296.2 del Código Penal, con penas de prisión de 2 a 5 años.

Variable Independiente	Definición	Categorías	Indicadores	Escala/Ítems
El delito del enriquecimiento ilícito sancionado en el Art. 296.2 del Código Penal, con penas de prisión de 2 a 5 años.	Consiste en que el Código Penal sanciona el enriquecimiento injustificado del servidor público con penas más benignas que el de reclusión.	Código Penal	Fundamentar jurídica y doctrinariamente el delito de enriquecimiento ilícito Establecer que el delito del enriquecimiento ilícito sancionado hasta una pena 2 a 5 años de prisión, no guarda conformidad con la gravedad del delito, ya que afecta al sector público como al patrimonio nacional.	Encuestas

Variable Dependiente

- Atenta contra el principio de la debida proporcionalidad entre la gravedad del delito y la imposición de la pena, debiendo incrementarse de 9 a 12 años de reclusión, por afectar al sector público como al patrimonio nacional.

Variable Dependiente	Definición	Categorías	Indicadores	Escala/ Ítems
Atenta contra el principio de la debida proporcionalidad entre la gravedad del delito y la imposición de la pena, debiendo incrementarse de 9 a 12 años de reclusión, por afectar al sector público como al patrimonio nacional.	Consiste en que el Código Penal ecuatoriano no sanciona el delito de enriquecimiento ilícito con penas de reclusión, vulnerando el principio constitucional de la debida proporcionalidad por ser un delito que atenta contra el patrimonio nacional del Estado ecuatoriano.	Constitución de la República del Ecuador	Fundamentar jurídica y doctrinariamente el principio de la debida proporcionalidad entre la infracción y las sanciones penales con relación al delito del enriquecimiento ilícito. Demostrar que el enriquecimiento ilícito sancionado en penas de prisión debe ser sancionado con penas de reclusión por afectar al sector público y al patrimonio nacional.	Encuestas

2.9. Definición de términos usados

“Dignataria/o.- Es la persona elegida por votación popular, por un período fijo para ejercer las funciones y atribuciones establecidas en la Constitución y en la Ley.

Docente.- Toda servidora o servidor legalmente nombrado o contratado para prestar servicios exclusivamente de docencia en centros educativos, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas; y, las del Sistema Nacional de Educación Pública.

Funcionaria/o.- Es la servidora o servidor que ejerce un puesto, excluido de la carrera del servicio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de período fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior.

Miembro en servicio activo.- Es la servidora o servidor que efectúa una carrera militar o policial dentro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional o Comisión de Tránsito del Guayas.

Obraera/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, bajo el régimen del Código de Trabajo.

Servidora/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción.”⁹

Servidoras y servidores públicos.- “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen,

⁹ Ley Orgánica de Servicio Público, 2012.- Décima Octava Disposición General.

presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.”¹⁰

Riqueza.- de acuerdo con el Diccionario de la Lengua, es abundancia de bienes o fortuna sólida y grande. Podría considerarse antónimo de pobreza: que es la carencia de lo necesario para vivir, escasez económica, miseria.

Enriquecimiento, es por lo mismo, la acción y efecto de enriquecerse, o sea, volverse rico, prosperar, efectivamente, en fortuna.

Ílícito, “lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, a la equidad, a la razón, o a las buenas costumbres./ ilegal./ Inmoral./ Contrario a pacto obligatorio”.¹¹

Lícito, “Justo./ Legal./ Jurídico./ Permitido./ Razonable./ Según Justicia./ Conforme a razón./ De la calidad mandada./ Moral.”¹²

Lícito, “es lo permitido, lo legal, aquello que se hace conforme a justicia y razón.”¹³

Prisión.- “En general, acción de prender, coger, asir o agarrar./ Cárcel u otro establecimiento penitenciario donde se encuentran los privados de libertad; ya sea como detenidos, procesados o condenados./ pena privativa

¹⁰ Ibídem, 2012.- Art. 4

¹¹ CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta.- Decimoquinta Edición.- Argentina 2001. Pág. 195.

¹² Ítem.- Pág. 238.

¹³ TORRES CHAVEZ, Efraín.- Breves Comentarios al Código Penal.- Tomo 3, Corporaciones de estudios y Publicaciones.- Ecuador 2002. Pág. 13.

de libertad más grave y larga que la de arresto e inferior y más benigna que la de reclusión./..”¹⁴

Reclusión.- “Imposición de la pena de reclusión, la más grave y prolongada dentro del sistema penitenciario.”¹⁵

La reclusión menor, “que se cumplirá en los establecimientos precitados, se divide en ordinaria de tres a seis años y de seis a nueve años, y en extraordinaria de nueve a doce años.”¹⁶

La reclusión mayor, “que se cumplirá en los Centros de Rehabilitación Social del Estado, se divide en:

- a) Ordinaria de cuatro a ocho años y, de ocho a doce años;
- b) Extraordinaria de doce a dieciséis años; y
- c) Especial de dieciséis a veinticinco años.”¹⁷

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta.- Decimoquinta Edición.- Argentina 2001. Pág. 320.

¹⁵ CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta.- Decimoquinta Edición.- Argentina 2001. Pág. 340.

¹⁶ Código Penal Ecuatoriano.-

¹⁷ Ítem. Art. 53

CAPÍTULO III

3.1. METODOLOGÍA

3.1.2 Metodología empleada

Es preciso indicar que para la realización de la presente Tesis de Investigación, me apoye en los siguientes métodos:

El Método científico hipotético-deductivo: Permitió señalar el camino a seguir en la investigación jurídica propuesta; para verificar si se cumplen o no las conjeturas que subyacen en el contexto de las hipótesis planteadas en mi proyecto de tesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El Método Exegético-Analítico: Permitió determinar el sentido y el alcance de las normas referentes a la figura jurídica del enriquecimiento público, el principio de la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.

3.2. Tipo de investigación

La investigación realizada fue documental, bibliográfica y de campo, por lo que, realice un diseño bibliográfico (temática) y de campo (empírica).

Diseño Bibliográfico: Me permitió utilizar datos obtenidos por otros investigadores o tratadistas conocedores de la temática investigada; para lo cual, acudí a fuentes bibliográficas confiables y seguras.

Diseño de Campo: Me permitió recoger opiniones valederas y directas de expertos profesionales del derecho (jueces penales como garantes de los derechos y justicia; fiscales y, abogados en libre ejercicio profesional).

3.3. Población y muestra

La población que se establece para la presente investigación, se compone prácticamente de una población de:

- 10 Juezas o jueces de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar;
- 10 Fiscales de la Fiscalía Provincial de Bolívar, y
- 200 Abogados en libre ejercicio profesional que residen en el cantón Guaranda, provincia de Bolívar.

Se aplicará las encuestas a la totalidad de los estratos jueces y fiscales.

Por ser numerosa la población de 200 abogados en libre ejercicio, que residen en el cantón Guaranda, provincia de Bolívar, se extraerá una muestra probalística, con la siguiente fórmula estadística:

$$n = \frac{N}{(E)^2 (N-1) + 1}$$

Donde:

n = Muestra

N = Universo (200 abogados en libre ejercicio)

E = Error máximo admisible (10%)

$$n = \frac{200}{(0.10)^2 (200-1)+1}$$

$$n = \frac{200}{0.01(199) + 1}$$

$$n = \frac{200}{2.99}$$

$$n = 67$$

Teniendo en cuenta la muestra probalística del estrato: Abogados en libre ejercicio, se aplicará encuestas a sesenta y siete de ellos.

Composición	Población	Muestra
Jueces Penales	10	10
Fiscales	10	10
Abogados en Libre ejercicio	200	67
Total	220	87

3.4. Técnicas e Instrumentos

Análisis de documentos: Utilicé la técnica basada en fichas bibliográficas que tiene como propósito analizar material impreso (libros, revistas, documentos escritos, en general, todo medio impreso), para la elaboración del marco teórico.

3.5. Recolección de Información

Encuesta aplicada a jueces y fiscales

Selección de recursos de apoyo

Internet: Utilice el internet dadas las posibilidades que hoy ofrece como una técnica de obtener información válida y confiable.

Tipos de diseño de campo

Diseño de encuesta y entrevista: Por ser exclusivo de las ciencias sociales, utilicé la técnica de la encuesta y la entrevista que permitió requerir y recoger información de forma escrita y oral de un grupo socialmente significativo de personas que conocen sobre la problemática planteada.

Instrumentos técnicos:

Para la encuesta: Utilicé un cuestionario previamente elaborado.

Para la entrevista: Utilicé un pliego de preguntas

Para el procesamiento de la información utilicé los programas tecnológicos: Excel, Word, y Power Point.

CAPÍTULO IV

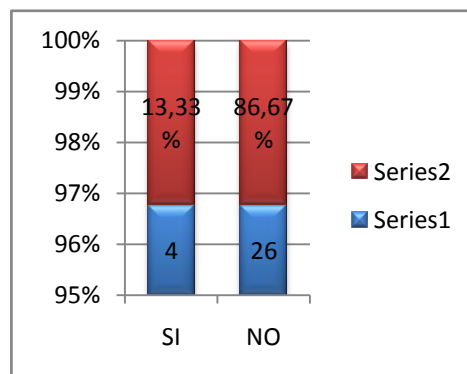
4. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Análisis e interpretación de resultados de la encuesta aplicada a treinta abogados en libre ejercicio profesional.

1. ¿El Estado Ecuatoriano ha tenido o tiene una política clara para enfrentar adecuadamente el delito de enriquecimiento ilícito?

CUADRO 1 GRÁFICO 1

Variable	F	%
SI	4	13,33%
NO	26	86,67%
TOTAL	30	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-

27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

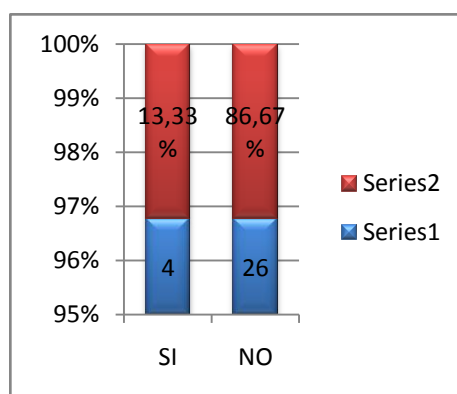
Análisis e interpretación:

El ochenta y seis por ciento de los encuestados, que corresponde a veintiséis abogados, contestan que, el Estado Ecuatoriano no ha tenido o tiene una política clara para enfrentar adecuadamente el delito de enriquecimiento ilícito; mientras que el trece por ciento de los encuestados que corresponde a cuatro abogados, contestan que sí.

2. ¿La Ley establece la debida proporcionalidad entre el delito de enriquecimiento ilícito y la sanción penal?

CUADRO 2GRÁFICO 2

Variable	F	%
SI	4	13,33%
NO	26	86,67%
TOTAL	30	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

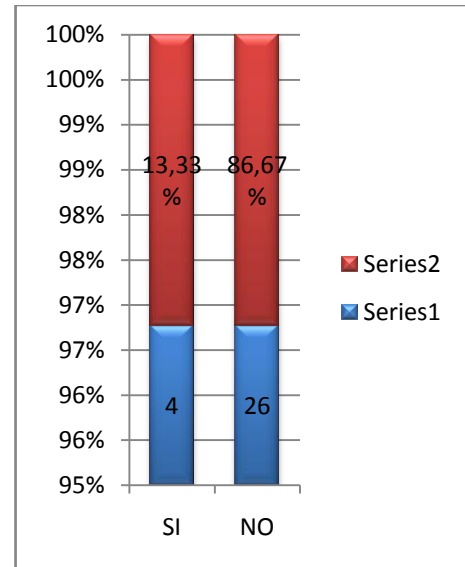
Análisis e interpretación:

El ochenta seis por ciento de los encuestados, que corresponde a veintiséis abogados, contestan que, la Ley no establece la debida proporcionalidad entre el delito de enriquecimiento ilícito y la sanción penal; mientras que el trece por ciento de los encuestados que corresponde a cuatro abogados, contestan que sí.

3. ¿La ley considera la gravedad del delito de enriquecimiento ilícito para establecer la imposición de la pena?

CUADRO 3 GRÁFICO 3

Variable	F	%
SI	4	13,33%
NO	26	86,67%
TOTAL	30	100,00%



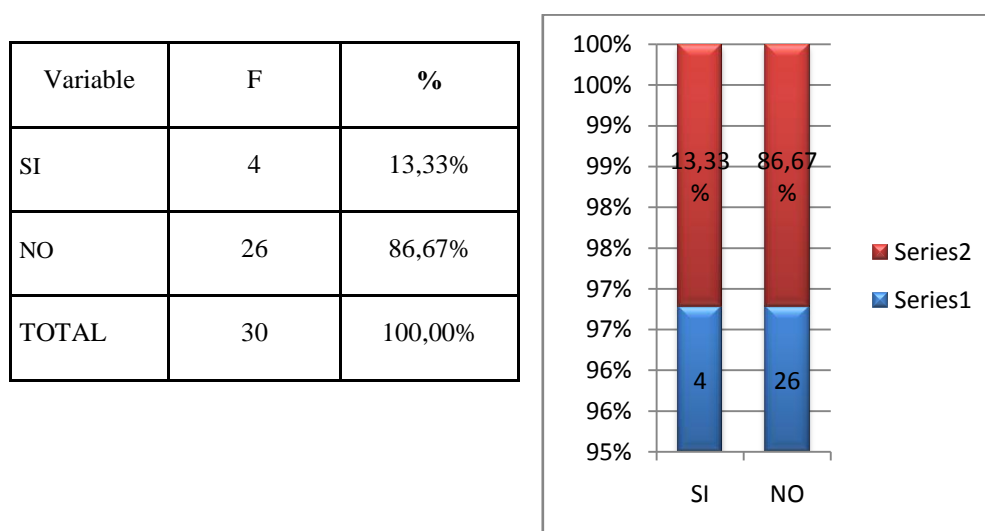
Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)
Autor: Sr. Leopoldo Escobar

Análisis e interpretación:

El ochenta y seis por ciento de los encuestados, que corresponde a veinte seis abogados, contestan que, la ley penal no considera la gravedad del delito del enriquecimiento ilícito para establecer la imposición de la pena; mientras que el trece por ciento de los encuestados que corresponde a cuatro abogados, contestan que sí.

4. ¿La ley establece el enriquecimiento ilícito como un delito grave que afecta al sector público como al patrimonio nacional del Estado?

CUADRO 4 GRÁFICO 4



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

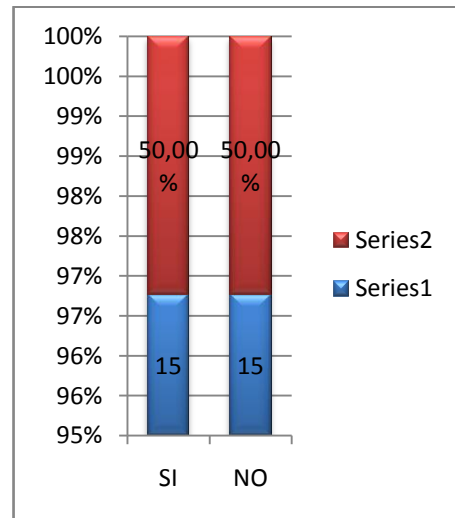
Análisis e interpretación:

El ochenta y seis por ciento de los encuestados, que corresponde a veintiséis abogados, contestan que, la ley penal no establece el enriquecimiento ilícito como un delito grave que afecta al sector público como al patrimonio nacional del Estado ecuatoriano; mientras que el trece por ciento de los encuestados que corresponde a cuatro abogados, contestan que sí.

5. ¿La ley establece que la acción para perseguirlos y las penas del delito de enriquecimiento ilícito son imprescriptibles?

CUADRO 5GRÁFICO 5

Variable	F	%
SI	15	50,00%
NO	15	50,00%
TOTAL	30	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

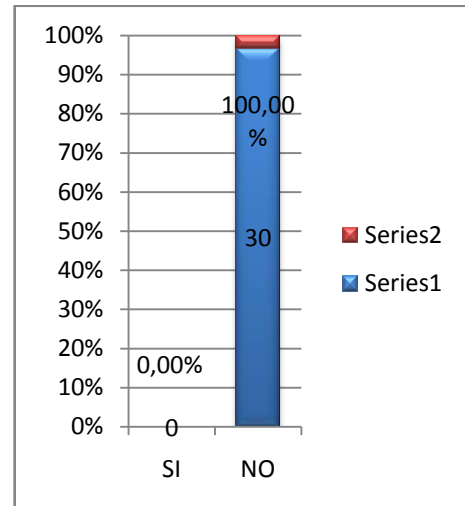
Análisis e interpretación:

El cincuenta por ciento de los encuestados, que corresponde a quince abogados, contestan según su criterio, que la ley penal sí establece que la acción para perseguirlos y las penas del delito de enriquecimiento ilícito son imprescriptibles; mientras que el otro cincuenta por ciento de los encuestados que corresponde a quince abogados, contestan que no.

6. ¿La ley penal sanciona a quienes participan en el delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando no sean servidores públicos?

CUADRO 6 GRÁFICO 6

Variable	F	%
SI	0	00,00%
NO	30	100,00%
TOTAL	30	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

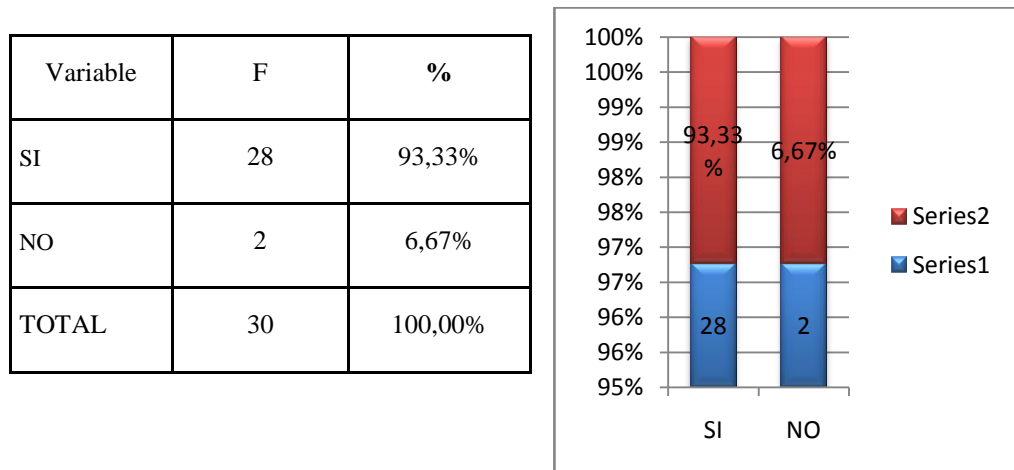
Autor: Sr. Leopoldo Escobar

Análisis e interpretación:

El cien por ciento de los encuestados, que corresponde a treinta abogados, contestasegún su criterio, que la ley penal no sanciona a quienes participan en el delito de enriquecimiento ilícito, sino no son servidores públicos.

7. ¿La pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito admite caución?

CUADRO 7GRÁFICO 7



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)
Autor: Sr. Leopoldo Escobar

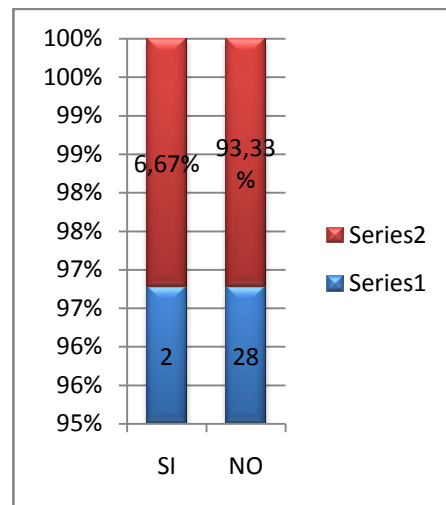
Análisis e interpretación:

El noventa y tres por ciento de los encuestados, que corresponde a veintiocho abogados, contestan según su criterio, que la pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito sí admite caución; mientras que el seis por ciento de los encuestados que corresponde a dos abogados, contestan que no.

8. ¿La pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito permite la imposición de otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva?

CUADRO 8 GRÁFICO 8

Variable	F	%
SI	2	6,67%
NO	28	93,33%
TOTAL	30	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

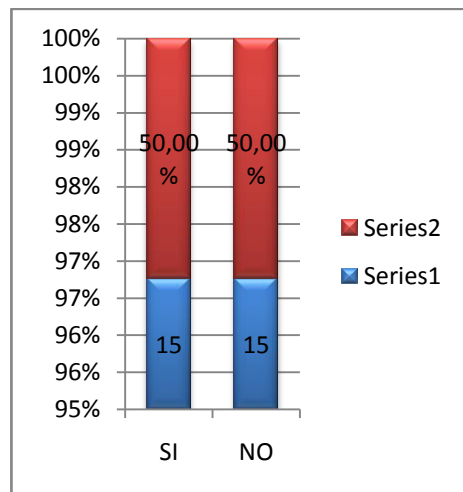
Análisis e interpretación:

El noventa y tres por ciento de los encuestados, que corresponde a veintiocho abogados, contestan según su criterio, que la pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito no permite la imposición de otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva; mientras que el seis por ciento de los encuestados que corresponde a dos abogados, contestan que sí.

9. ¿La pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito permite la suspensión condicional del procedimiento?

CUADRO 9 GRÁFICO 9

Variable	F	%
SI	15	50,00%
NO	15	50,00%
TOTAL	30	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

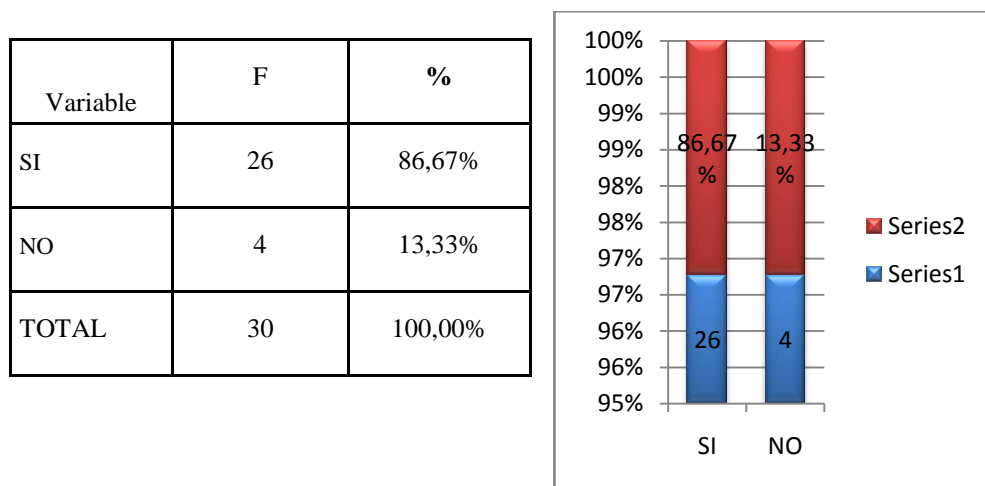
Autor: Sr. Leopoldo Escobar

Análisis e interpretación:

El cincuenta por ciento de los encuestados, que corresponde a quince abogados, contestan según su criterio, que la pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito permite la suspensión condicional del procedimiento; mientras que el otro cincuenta por ciento de los encuestados que corresponden a quince abogados contestan que no.

10. ¿Es procedente reformar el artículo 296.2. del Código Penal para aumentar la pena en los delitos de enriquecimiento ilícito?

CUADRO 10 GRÁFICO 10



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

Análisis e interpretación:

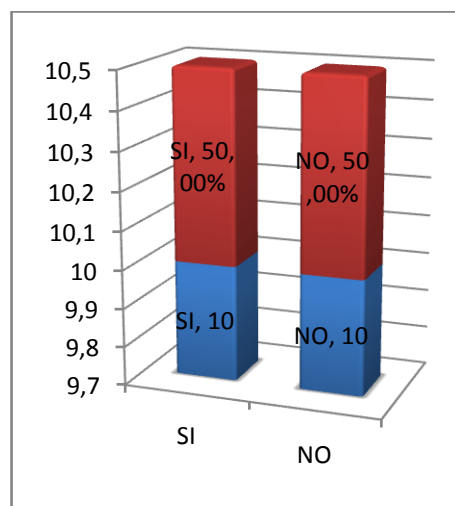
El ochenta y seis por ciento de los encuestados, que corresponde a veintiséis abogados, contesta afirmativamente que, es procedente reformar el artículo 296.2 del Código Penal para aumentar la pena en los delitos de enriquecimiento ilícito; mientras que el trece por ciento que corresponde a cuatro abogados contestan que no.

7.1. Análisis e interpretación de resultados de la encuesta aplicada a 10 jueces y 10 fiscales de la Función Judicial de Bolívar.

1. ¿La redacción del enriquecimiento ilícito en el Código Penal carece de claridad, no es precisa ni es exacta, no define una conducta, sino sólo un resultado, no es comprensible para los destinatarios de la norma y, por ello, atenta contra el principio de seguridad jurídica?

CUADRO 1 GRÁFICO 1

Variable	F	%
SI	10	50,00%
NO	10	50,00%
TOTAL	20	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

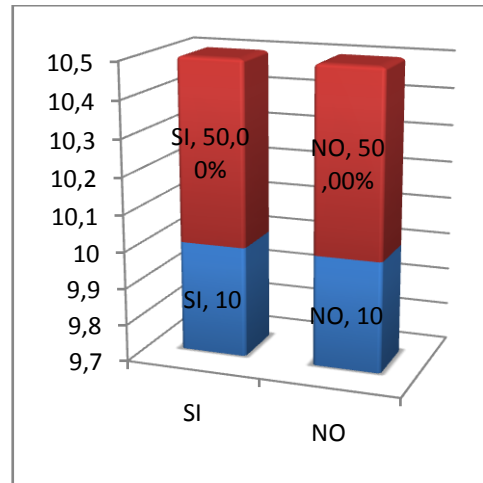
Análisis e interpretación:

El cincuenta por ciento de los encuestados, que corresponde a y fiscales, contestan afirmativamente que, la redacción del enriquecimiento ilícito en el Código Penal carece de claridad, no es precisa ni es exacta, no define una conducta, sino sólo un resultado, no es comprensible para los destinatarios de la norma y, por ello, atenta contra el principio de seguridad jurídica; mientras que el otro cincuenta por ciento de los encuestados que corresponde a diez jueces y fiscales, contestan que no.

2. ¿La redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley penal vulnera el principio de inocencia y establece la inversión en la carga de la prueba?

CUADRO 2 GRÁFICO 2

Variable	F	%
SI	10	50,00%
NO	10	50,00%
TOTAL	20	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

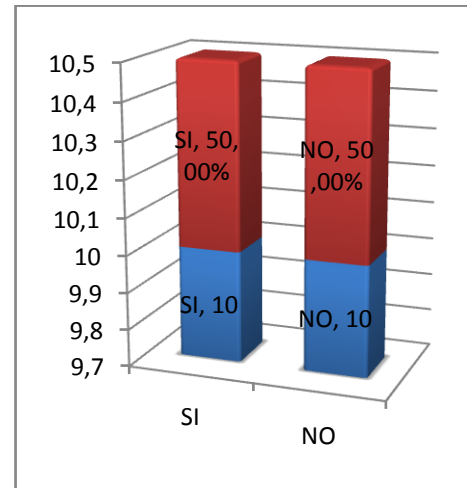
Análisis e interpretación:

El cincuenta por ciento de los encuestados, que corresponde a y fiscales, contestan afirmativamente que la redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley, vulnera el principio de inocencia y establece la inversión en la carga de la prueba; mientras que el otro cincuenta por ciento de los encuestados que corresponde a diez jueces y fiscales, contestan que no.

3. ¿La redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley penal viola la garantía de la no autoincriminación reconocida por la Constitución de la República del Ecuador?

CUADRO 3 GRÁFICO 3

Variable	F	%
SI	10	50,00%
NO	10	50,00%
TOTAL	20	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

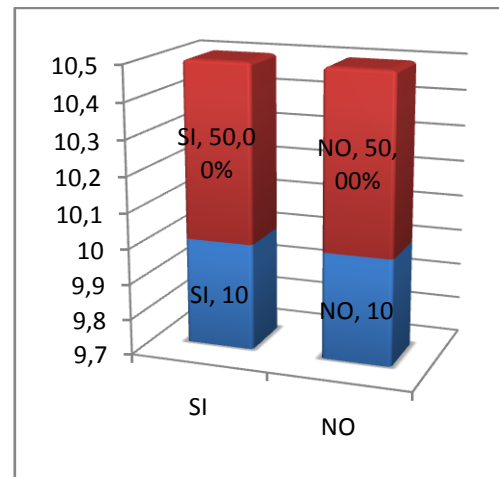
Análisis e interpretación:

El cincuenta por ciento de los encuestados, que corresponde a diez jueces y fiscales, contestan afirmativamente que la redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley penal viola la garantía de la no autoincriminación reconocida por la Constitución de la República del Ecuador; mientras que el otro cincuenta por ciento de los encuestados que corresponde a diez jueces y fiscales, contestan que no.

4. ¿La redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley, crea un delito de sospecha y con ello transgrede el principio in dubio pro reo?

CUADRO 4GRÁFICO 4

Variable	F	%
SI	10	50,00%
NO	10	50,00%
TOTAL	20	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

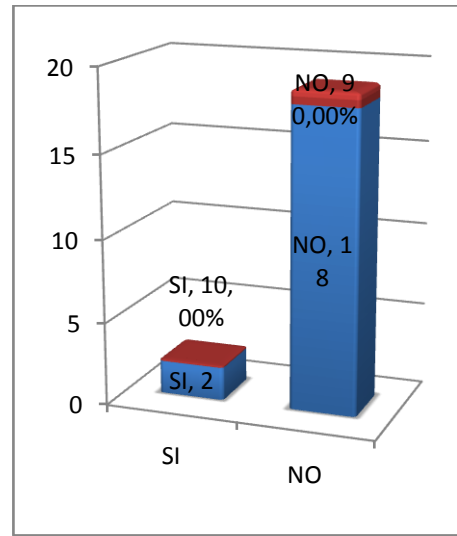
Análisis e interpretación:

El cincuenta por ciento de los encuestados, que corresponde a diez jueces y fiscales, contestan que la redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley, sí crea un delito de sospecha y con ello transgrede el principio in dubio pro reo; mientras que el otro cincuenta por ciento de los encuestados que corresponde a diez jueces y fiscales, contestan que no.

5. ¿La Ley Orgánica del Servicio Público, como norma de complemento regula o sanciona administrativamente el enriquecimiento ilícito?

CUADRO 5 GRÁFICO 5

Variable	F	%
SI	2	10,00%
NO	18	90,00%
TOTAL	20	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

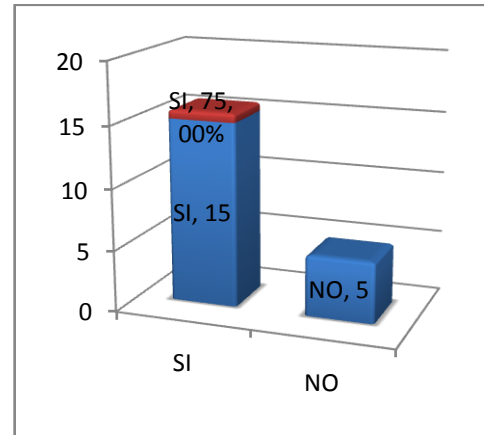
Análisis e interpretación:

El noventa por ciento de los encuestados, que corresponde a y fiscales, contestan que la Ley Orgánica del Servicio Público, como norma de complemento no regula o sanciona administrativamente el enriquecimiento ilícito; mientras que el otro diez por ciento de los encuestados que corresponde a dos jueces y fiscales, contestan que sí.

6. ¿La redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley penal, atenta contra el principio de la debida proporcionalidad entre el tipo de delito y la imposición de la pena?

CUADRO 6 GRÁFICO 6

Variable	F	%
SI	15	75,00%
NO	5	25,00%
TOTAL	20	100,00%



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

Análisis e interpretación:

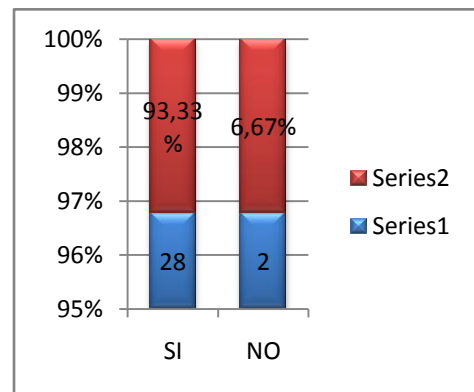
El setenta y cinco por ciento de los encuestados, que corresponde a quince jueces y fiscales, contestan que la redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley penal, sí atenta contra el principio de la debida proporcionalidad entre el tipo de delito y la imposición de la pena; mientras que el otro veinticinco por ciento de los encuestados que corresponde a cinco jueces y fiscales, contestan que no.

7. ¿Es procedente reformar el artículo 296.2 del Código Penal para aumentar la pena en los delitos de enriquecimiento ilícito?

CUADRO 7

Variable	F	%
SI	18	90,00%
NO	2	10,00%
TOTAL	20	100,00%

GRÁFICO 7



Fuente: Encuesta aplicada (2012-05-27)

Autor: Sr. Leopoldo Escobar

Análisis e interpretación:

El noventa por ciento de los encuestados, que corresponde a dieciocho jueces y fiscales, contestan según su criterio, que sí es procedente reformar el artículo 296.2 del Código Penal para aumentar la pena en los delitos de enriquecimiento ilícito; mientras que el diez por ciento de los encuestados que corresponde a dos jueces y fiscales, contestan que no.

CAPÍTULO V

5.1. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.1. CONCLUSIONES

- El Estado Ecuatoriano no ha tenido o tiene una política clara para enfrentar adecuadamente el delito de enriquecimiento ilícito cometidos por las servidoras o servidores públicos, sus delegados o representantes legales.
- El Código Penal no establece la debida proporcionalidad entre la gravedad del delito de enriquecimiento ilícito, con la sanción penal de 2 a 5 años de prisión.
- La Legislación penal ecuatoriana no considera el enriquecimiento ilícito como un delito grave que afecta a la administración pública como al patrimonio nacional del Estado Ecuatoriano.
- La ley penal no sanciona a quienes participan en el delito de enriquecimiento ilícito, sino sólo a quienes ostenté la calidad de servidores públicos.
- Es necesario reformar el artículo 296.2 del Código Penal para incrementar la pena en los delitos de enriquecimiento ilícito.
- La redacción del enriquecimiento ilícito prevista en el Código Penal carece de claridad, no es precisa ni es exacta, no define una conducta, sino sólo un resultado, no es comprensible para los destinatarios de la norma y, por ello, atenta contra el principio de seguridad jurídica.

5.1.2. RECOMENDACIONES

- A la Función Ejecutiva, que establezca y decrete Políticas de Estado, que permita prevenir el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, delegados y representantes de las entidades públicas.
- A la Asamblea Nacional, que establezca la debida proporcionalidad entre la gravedad del delito de enriquecimiento ilícito con la sanción penal prevista en el Código Penal.
- A la Asamblea Nacional, que revise la ley penal y considere el enriquecimiento ilícito como un delito grave que afecta a la administración pública como al patrimonio nacional del Estado Ecuatoriano.
- A la Asamblea Nacional, que adecue formal y materialmente la figura jurídica del enriquecimiento ilícito a lo establecido en el Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece responsabilidades penales a quienes participan en estos delitos, sin que ostenten la calidad de servidores públicos.
- A la Asamblea Nacional que reforme el Art. 296.2 del Código Penal para incrementar la pena en los delitos de enriquecimiento ilícito, considerando la gravedad del mismo.
- La entidad responsable de crear leyes, reformas a las mismas es la asamblea nacional quien tiene la obligación de velar y garantizar el derecho a la seguridad jurídica es por esto que se debería armonizar lo previsto en el Art. 296.1 del Código Penal, en concordancia con el Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador.

CAPÍTULO VI

6. PROPUESTA

En el ítem que se presenta en este apartado, me corresponde presentar como corolario de mi investigación el proyecto de reforma al Capítulo VIII-1 DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, previsto en el Código Penal Ecuatoriano.

6.1 Título

“REFORMAR EL CAPÍTULO VIII-1 DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, INCREMENTANDO LA PENA DE 9 A 12 AÑOS DE RECLUSIÓN POR LA GRAVEDAD DEL DELITO.”

6.2. Justificación

El Enriquecimiento ilícito es uno de los delitos más frecuentes que son cometidos por los funcionarios y servidores públicos a nivel nacional, lo que causa alarma y repudio en la sociedad ecuatoriana y guarandña; este tipo de delito, se evidencia también a nivel de la provincia Bolívar, y en sus diferentes cantones.

En el Ecuador no se han establecido políticas de Estado para prevenir estos delitos que atentan contra el patrimonio del Estado; tampoco en la provincia de Bolívar, sus autoridades gubernamentales NO han establecido políticas de prevención y control sobre este tipo de delitos; la Contraloría del Estado, muy pocas veces establece responsabilidades en contra de las autoridades públicas por estos tipos de delitos; por otro lado, no hay una normativa

jurídica que establezca sanciones drásticas para prevenir el cometimiento de estos delitos, que son graves, por cuanto atenta contra la administración pública, afecta el peculio del Estado y por ende al bolsillo de todos los ecuatorianos.

El enriquecimiento ilícito en nuestra legislación penal es considerado como: *“el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos”*, y está tipificado como delito en el Art. 296.1 del Código Penal ecuatoriano, y sancionado en el Art. 296.2 del referido código, *“con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.”*

Normativa jurídica que no guarda conformidad con los mandatos o principios consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, razón por la cual, se justifica la necesidad de hacer una reforma al régimen jurídico del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el Código penal, incrementando las penas de 9 a 12 años de reclusión.

6.3. Objetivos

6.3.1. Objetivo General

- Reformar el Capítulo VIII-1 del Código Penal Ecuatoriano que sanciona el enriquecimiento ilícito, incrementando la pena de 9 a 12 años de reclusión menor por la gravedad del delito.

6.3.2. Objetivos Específicos

- ❖ Identificar los artículos del Código Penal, que necesiten ser reformados para sancionar el delito de enriquecimiento ilícito con una pena de 9 a 12 años de reclusión menor.
- ❖ Fundamentar la necesidad de incrementar la pena del delito del enriquecimiento ilícito por la gravedad del delito.
- ❖ Diseñar un proyecto de reformas a los Arts. 296.1, y 296.2 del Código Penal ecuatoriano, que tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito.

6.4. Metodología

Para la realización del proyecto de reformas, me apoyé en el método científico hipotético-deductivo, y exegético-analítico, que me permitió determinar el alcance de las reformas referentes al delito de enriquecimiento ilícito, teniendo en cuenta las disposiciones consagradas en la Constitución de la República del Ecuador, y el principio de la debida proporcionalidad entre el tipo de infracción y la sanción penal.

6.5. Factibilidad

La propuesta presentada en este trabajo es factible de realizar, ya que cuento con los conocimientos jurídicos y materiales necesarios para elaborar la misma, teniendo en cuenta que la Constitución de la República del Ecuador, establece el mecanismo legal que debe seguir para crear, reformar y derogar disposiciones legales, cuya facultad recae en la Función Legislativa.

6.6. Descripción de la Propuesta

- ❖ Es un tema de vital importancia en el ámbito penal.

- ❖ Establece una posible reforma jurídica al delito de enriquecimiento ilícito, incrementando las penas de 9 a 12 años de reclusión menor por la gravedad del delito.
- ❖ Contribuirá a proteger los recursos pertenecientes al Estado Ecuatoriano.
- ❖ Permitirá mejorar la administración pública

6.7. Actividades

Se resume en:

- ❖ Elaborar el Proyecto de Ley con las reformas planteadas.
- ❖ Socializar el proyecto de Ley para su valoración
- ❖ Defender el mismo ante el Tribunal Calificador de la Facultad.

6.7.1. Desarrollo del proyecto de reformas

PROYECTO DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Considerando:

Que, es necesario adecuar formal y materialmente la normatividad jurídica del delito del enriquecimiento ilícito previsto en el Código Penal, a los mandatos constitucionales.

Que, nuestro país actualmente se encuentra inmerso en un proceso de cambio y desarrollo, que requiere de la expedición de normas legales que guarden conformidad con los principios constitucionales.

Que, se presenta como imperante la necesidad de reformar el régimen jurídico del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el Código Penal, para garantizar y proteger de mejor manera los recursos del Estado Ecuatoriano;

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República de Ecuador, expide la siguiente:

REFORMAS AL CÓDIGO PENAL

Art. 1. Sustitúyase el Art. 296.1 por el siguiente:

“**Art. ...-** Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de su cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos.

La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, no constituye requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal el examen de la Contraloría en que establezca las presunciones de enriquecimiento ilícito, y los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.

Estas normas también se aplicarán a quienes participen en este delito, aún cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Art. 2. Sustitúyase el Art. 296.2 por el siguiente:

Art.- El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de nueve a doce años de reclusión menor y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito.

6.8. Impacto

Con la aplicación de la propuesta presentada, se logrará:

- ❖ Sancionar todo tipo de enriquecimiento ilícito cometido por servidoras o servidores públicos o representantes de entidades públicas y de quienes participen sin tener estas condiciones.
- ❖ Agilizar el ejercicio de la acción penal, sin que sea necesario que exista previamente un examen de la Contraloría.
- ❖ Propiciar el cumplimiento de las leyes que se relacionan con el delito de enriquecimiento ilícito.
- ❖ Evitar la prescripción de la acción y de la pena en los delitos de enriquecimiento ilícito, que perjudican los intereses del Estado.

6.9. Evaluación

Diagnóstica: Para establecer las necesidades jurídicas de reformar el régimen jurídico que tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito.

Procesal: Desarrollada durante la investigación tanto bibliográfica como de campo, esta evaluación se sustenta también en la observación directa y la descripción.

Final: Para establecer si los objetivos planteados, fueron alcanzados en el transcurso del trabajo investigativo.

BIBLIOGRAFÍA

BÁSICA

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. 1ra. Edición. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2012.
- CÓDIGO PENAL.- Ediciones legales.- Quito 2012.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.-Ediciones legales.- Quito 2012.
- CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA. JUNIO DEL 2010
- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. DICIEMBRE DEL 2007
- CONSULTA POPULAR realizada con fecha 7 de mayo del 2011.- se preguntó al pueblo ecuatoriano, por“*ENRÍQUECIMIENTO PRIVADO*”.- Decreto Ejecutivo, publicado en el Registro Oficial NO. 399, del miércoles 9 de marzo del 2011.
- LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Ediciones legales.- Quito 2012.

COMPLEMENTARIA

- ▶ CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta.- Decimoquinta Edición.- Argentina 2001.

- ▶ GARCIA FALCONÍ José, Editorial Jurídica "Prontuario Alfabético de la Gaceta Judicial en materia Civil y Penal", Quito - Ecuador.

- ▶ HERRERA PÉREZ, Alberto. *Delitos cometidos por servidores públicos*, México, Porrúa, 2005.

- ▶ INCHAUSTI, Miguel., citado por Cárdenas Rioseco, Raúl F. "*Enriquecimiento ilícito*", México, Porrúa, 2004.

- ▶ PETIT, Eugene.- Derecho Romano, Dieciochoava Edición, México 2002.

- ▶ TORRES CHAVEZ, Efraín.- Breves Comentarios al Código Penal.- Tomo 3, Corporaciones de estudios y Publicaciones.- Ecuador 2002.

ANEXOS



CRONOGRAMA DE LA INVESTIGACIÓN

ACTIVIDADES	2011 - 2012																		
	DIC			ENE				FEB				MAR				ABR			
SEMANA	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Formulación del Problema	X	X																	
Planteamiento del Problema			X	X															
Formulación de Objetivos				X	X	X													
Marco teórico de la Investigación								X	X	X									
Hipótesis											X	X							
Variables y Operacionalización													X						
Metodología, Nivel y Tipo														X					
Aplicación de Encuestas															X	X	X		
Análisis de Resultados																		X	
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta																		X	
Revisión Final del Tutor																			
Sustentación Previa																			
Sustentación Final																			

**ENCUESTA APLICADA A JUECES Y FISCAL DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOLIVAR**

CUESTIONARIO

1. ¿La redacción del enriquecimiento ilícito en el Código Penal carece de claridad, no es precisa ni es exacta, no define una conducta, sino sólo un resultado, no es comprensible para los destinatarios de la norma y, por ello, atenta contra el principio de seguridad jurídica?

SI ()

NO ()

2. ¿La redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley penal vulnera el principio de inocencia y establece la inversión en la carga de la prueba?

SI ()

NO ()

3. ¿La redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley penal viola la garantía de la no autoincriminación reconocida por la Constitución de la República del Ecuador?

SI ()

NO ()

4. ¿La redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley, crea un delito de sospecha y con ello transgrede el principio in dubio pro reo?

SI ()

NO ()

5. ¿La Ley Orgánica del Servicio Público, como norma de complemento regula o sanciona administrativamente el enriquecimiento ilícito?

SI ()

NO ()

6. ¿La redacción del enriquecimiento ilícito previsto en la ley penal, atenta contra el principio de la debida proporcionalidad entre el tipo de delito y la imposición de la pena?

SI ()

NO ()

7. ¿Es procedente reformar el artículo 296.2 del Código Penal para aumentar la pena en los delitos de enriquecimiento ilícito?

SI ()

NO ()

ENCUESTA APLICADA A ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL DEL CANTÓN GUARANDA, PROVINCIA BOLÍVAR.

CUESTIONARIO

1. ¿El Estado Ecuatoriano ha tenido o tiene una política clara para enfrentar adecuadamente el delito de enriquecimiento ilícito?

SI ()

NO ()

2. ¿La Ley establece la debida proporcionalidad entre el delito de enriquecimiento ilícito y la sanción penal?

SI ()

NO ()

3. ¿La ley considera la gravedad del delito de enriquecimiento ilícito para establecer la imposición de la pena?

SI ()

NO ()

4. ¿La ley establece el enriquecimiento ilícito como un delito grave que afecta al sector público como al patrimonio nacional del Estado?

SI ()

NO ()

5. ¿La ley establece que la acción para perseguirlos y las penas del delito de enriquecimiento ilícito son imprescriptibles?

SI ()

NO ()

6. ¿La ley penal sanciona a quienes participan en el delito de enriquecimiento ilícito, aún cuando no sean servidores públicos?

SI ()

NO ()

7. ¿La pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito admite caución?

SI ()

NO ()

8. ¿La pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito permite la imposición de otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva?

SI ()

NO ()

9. ¿La pena de uno a cinco años establecida para el delito de enriquecimiento ilícito permite la suspensión condicional del procedimiento?

SI ()

NO ()

10. ¿Es procedente reformar el artículo 296.2. del Código Penal para aumentar la pena en los delitos de enriquecimiento ilícito?

SI ()

NO ()

ENTREVISTA APLICADA A SERVIDORES PÚBLICOS DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DE GUARANDA (MUNICIPIO).

1. ¿Saben que es el enriquecimiento ilícito?

2.

3. SI ()

NO ()

4. ¿Conocen como se configura el delito de enriquecimiento ilícito?

SI ()

NO ()

5. ¿Están de acuerdo que el enriquecimiento ilícito sea sancionado con penas de 2 a 5 años de prisión?

6. SI ()

NO ()

7. ¿Creen que se debería sancionar el enriquecimiento ilícito con penas de 9 a 12 años de reclusión?

8. SI ()

NO ()

9. ¿El Estado Ecuatoriano ha tenido o tiene una política clara para enfrentar adecuadamente el delito de enriquecimiento ilícito?

10. SI ()

NO ()