

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA DEL ECUADOR. UNIB.E.

ESCUELA DE DERECHO

Trabajo de Titulación para la obtención del título de Abogado de los Juzgados y
Tribunales de la República del Ecuador.

**Análisis jurídico sobre la evolución normativa del enriquecimiento privado
no justificado y las consecuencias de su aplicabilidad en la legislación penal
ecuatoriana.**

Oscar Santiago Girón Rea.

Director: Dr. José Luis Terán Suárez Msc.

Quito, Ecuador.

Mayo - 2014.

CARTA DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN.

Quito DM, 29 de abril de 2014

Señor
Dr. Thelman Cabrera
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA DEL ECUADOR UNIB.E.-

De mi consideración.

En mi calidad de Director del Trabajo de Titulación titulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO Y LAS CONSECUENCIAS DE SU APLICABILIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA" del señor estudiante Óscar Santiago Girón Rea, respecto de los informes remitidos por los docentes lectores del mismo tengo a bien indicarle:

Que el estudiante ha desarrollado satisfactoriamente las observaciones indicadas, de esta manera el señor Girón ha cumplido los requerimientos exigidos para la elaboración de su trabajo de titulación; en tal virtud autorizo los empastados del cuaderno para continuar con el proceso de grado.

Haciéndole extensivo un afectuoso saludo me despido.

Atentamente,


Dr. José Luis Terán Suárez Msc.
DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN.



CARTA DE AUTORÍA DEL TRABAJO

Los criterios emitidos en el presente Trabajo de Titulación "Análisis jurídico sobre la evolución normativa del enriquecimiento privado no justificado y las consecuencias de su aplicabilidad en la legislación penal ecuatoriana", así como también los contenidos, ideas, análisis, conclusiones y propuesta(s) son de exclusiva responsabilidad de mi persona, como autor del presente trabajo de investigación.

Autorizo a la Universidad Iberoamericana del Ecuador (UNIB.E) para que haga de éste un documento disponible para su lectura o lo publique total o parcialmente, de considerarlo pertinente, según las normas y regulaciones de la Institución, citando la fuente.



Santiago Girón R.

Mayo - 2014.

AGRADECIMIENTOS

Con más responsabilidad que vanidad, más humildad que vanagloria, mi alma se regocija y el sentimiento de la quimera alcanzada pinta mi rostro de alegría, consciente de que hay tanto por hacer, tantas lecciones que empollar en esta escalinata que evocamos vida.

José Ingenieros susurró con sus páginas: “Cuando pones la proa visionaria hacia una estrella y tiendes el ala hacia tal excelsitud inasible, afanoso de perfección y rebelde a la mediocridad, llevas en ti el resorte misterioso de un ideal”¹. Después de varias lunas y entereza familiar se cumple uno de los míos.

Como no corresponder a grandes maestros de estas aulas que desinteresadamente regaron en cada clase esta semilla titubeante y deseosa de germinar. Solo con mi activismo comprometido, ese que poseemos los que todavía nos indignamos con la injusticia, podré pagar su dedicación hacia mí.

También decía Machado: “...caminante no hay camino, se hace camino al andar...”². Aquí paso a paso, verso a verso encontré varios faros, se los llama compañeros, amigos del alma que alumbraron mi ronda e hicieron de este pedazo de vida: exquisita, añorada, hermosa.

¹ Ingenieros, J. 2002. *El hombre mediocre*. Quito. Editorial Ecuador -Colección Antares. P. 53.

² Machado, A. *Caminante no hay camino*- Poema. En: <http://www.youtube.com/watch?v=w9KCTkPL74Y>
Fecha de consulta: 04 enero 2014.

DEDICATORIA

El éxito lo concibo como oportunidad más esfuerzo, gracias por darme la oportunidad y esforzarte junto a mí.

Mayra, quien es mi ayuda idónea.

Andrea y Karen, princesas mágicas,
encantan mi vida y la pintan de colores.

ÍNDICE

Resumen.....	2
A. SECCIÓN INTRODUCTORIA:	
<i>Capítulo I. Propuesta de enriquecimiento privado no justificado: ¿adelanto o retroceso jurídico en materia de derechos.---</i>	3
1.1. Introducción.....	3
1.2. Justificación.....	9
1.2.1. Antecedentes y críticas a la consulta popular.....	9
1.2.2. La consulta.....	13
1.3. Enunciado y definición del problema.....	15
1.4. Objetivos.....	16
B. SECCIÓN DE DESARROLLO DE IDEAS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS:	
<i>Capítulo II. Sustento de la investigación-----</i>	18
2.1. Marco teórico.....	18
2.2. Metodología.....	20
2.3. Definiciones operacionales.....	21
<i>Capítulo III. Conquistas sociales de derechos humanos en relación con la presunción de inocencia y el derecho de libertad.-</i>	28
3.1. Breve reseña histórica sobre los derechos humanos.....	28
3.2. Definición constitucional y alcance del derecho de libertad.....	35
3.2.1. El derecho de libertad en el Ecuador.....	37
3.3. La presunción de inocencia como definición constitucional.....	40
3.4. El proceso penal en el Ecuador y la presunción de inocencia.....	42
3.5. Supremacía constitucional.....	44
3.6. El debido proceso.....	45
3.7. La carga de la prueba.....	48
3.8. Inversión de la carga probatoria.....	51
<i>Capítulo IV. Crítica al nacimiento y evolución del enriquecimiento privado no justificado en la legislación nacional.-----</i>	54
4.1. Análisis del artículo 248 del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal propuesto por el gobierno actual.....	54
4.1.1. La limitación de la prueba.....	57
4.1.2. La motivación del juez.....	58
4.1.3. La carga de la prueba en delitos económicos.....	63
4.1.4. Algunos de los delitos económicos más comunes en el país.....	64
4.1.5. Comparación del enriquecimiento privado no justificado con los delitos económicos.....	65
4.2. Informe para primer debate Proyecto Código Orgánico Integral Penal.....	67
4.3. Análisis al artículo 306 del Borrador Segundo Debate Código Orgánico Integral Penal de la Asamblea Nacional.....	68
4.3.1. Enriquecimiento privado no justificado y enriquecimiento ilícito. Semejanzas y diferencias.....	72
4.4. Análisis del artículo 297, texto definitivo incorporado al COIP.....	73
4.4.1. Objeción parcial de la presidencia al proyecto de COIP de la Asamblea Nacional.....	73
C. SECCIÓN CONCLUSIVA:	
<i>Capítulo V. Consecuencias de esta norma en el procedimiento penal y en la seguridad jurídica ecuatoriana.-----</i>	78
5.1. Conclusiones.....	78
5.2. Recomendaciones.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	88

RESUMEN

Dentro del contexto de una inminente reforma penal en el país, surge la necesidad de análisis sobre de qué forma tiene que llevarse a cabo dicho proceso, recapacitar sobre cuál es el objetivo principal de aquella modificación. Más en un trabajo de titulación resultaría inalcanzable la tarea del estudio de la totalidad del catálogo penal, que agrupa alrededor de ochocientos artículos entre sustantivos, adjetivos y ejecutivos penales, en tal virtud el límite de nuestra atención es el delito de enriquecimiento privado no justificado, del cual nos obligamos a escudriñar y ponderar desde una óptica constitucional y con los lentes del garantismo penal, todo el proceso, su aplicabilidad y consecuencia.

Basando nuestro razonamiento en una interpretación literal de la norma que responde al método exegético de estudio y respaldados en el deber de descubrir contradicciones preexistentes mediante una discusión fundamentada que corresponden al delito en cuestión desde sus perspectivas, esto es, método dialéctico como referencia metodológica seguida en esta tarea; Nos enmarcamos en discernir la concordancia que ha tenido, en todos sus momentos, la propuesta penal descrita con la Ley fundamental y los derechos humanos.

De lo antedicho describimos las falencias en la creación y modificación tipológica de este, más cuando concluimos que el proceso ha sido manejado de una forma inadecuada y sin un soporte técnico-jurídico, divorciado de la doctrina contemporánea adoptada por Estados constitucionales.

Después de un estancamiento por más de dos años en el salón parlamentario, sin sorpresa damos cuenta que el articulado definitivo adecúa insípidamente su redacción a los derechos y garantías, sin embargo relucimos los compromisos ajenos al derecho que llevaron de la creación errónea del tipo a la enmendadura inadecuada de este que por supuesto hacen del mismo una creación innecesaria.

Así también exhortamos al buen criterio de los lectores para generar discusión jurídica que nos beneficia a todos, por lo que invitamos en las líneas finales al legislador a recoger criterios académicos basados en estudios teóricos y de campo enmarcados en el neoconstitucionalismo creciente en la región como propuesta valedera para las sociedades actuales; Y, consecuentemente de esta manera el reto queda planteado para nosotros, las futuras generaciones que debemos aportar en lo posterior para la elaboración de un código penal sin contradicciones y verdaderamente constitucional y garantista.

A. SECCIÓN INTRODUCTORIA:

CAPÍTULO I.

PROPUESTA DE ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO: ¿ADELANTO O RETROCESO JURÍDICO EN MATERIA DE DERECHOS?

El presente trabajo se circunscribe al estudio jurídico del proceso de creación que ha tenido este tipo penal desde su propuesta gubernamental pasando por sus reformas en la Asamblea Nacional en primer y segundo debate, así como al veto u objeción presidencial del mismo hasta llegar al texto definitivo, tomando en cuenta todos los argumentos para su creación. Tiene repercusión analítica sobre el verdadero respeto, por parte del Estado ecuatoriano a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y por supuesto a lo que establece nuestra avanzada Constitución de la República principalmente en cuanto a las garantías básicas del debido proceso establecido en su artículo 76. Con el propósito de generar reflexión y debate académico sobre la eficacia jurídica de esta norma y las pretensiones del legislador al incorporarla en la ley sustantiva penal, analizando todas las circunstancias referentes a un tema tan delicado y de controversia social.

1.1. Introducción:

Es importante en este sentido tener en claro los diferentes momentos que en el transcurso de este proceso se han desarrollado por lo que para entender el contexto nos permitimos transcribir a continuación los tres artículos que componen el resumen de lo sucedido en el transcurso de esta legislación penal hasta dar a luz al enriquecimiento privado no justificado, los textos mencionados son los siguientes:

En la etapa de propuesta original:

Artículo 248.- Enriquecimiento privado no justificado.- La persona que no siendo funcionario público incrementa su patrimonio sin que pueda justificarse tal incremento con ingresos percibidos y declarados al Servicio de Rentas Internas por efecto del desempeño de una actividad no prohibida por la Ley, será sancionado de acuerdo a las siguientes reglas:

Si el incremento patrimonial es inferior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a nueve años y multa de cincuenta a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Si el incremento del patrimonio es superior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años y multa de cien a doscientas remuneraciones básicas del trabajador privado en general.

Si el incremento del patrimonio es mayor a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a once años y multa de cincuenta a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Si el incremento del patrimonio es igual o mayor a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años y multa de veinte a cincuenta remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

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

Para la configuración de este tipo penal se considerará únicamente aquellas declaraciones superiores a la base establecida para la obligación de presentar declaración patrimonial.

Serán comisados los instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento de la infracción.¹

En la etapa de reforma en la Asamblea Nacional:

Artículo 306.- Enriquecimiento privado no justificado.- La persona que obtuviere para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, incremento patrimonial no originado en una actividad lícita, será sancionada de la siguiente manera:

1. Si el incremento del patrimonio es de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, con pena privativa de libertad de uno a tres años y multa del doble del aumento no justificado.

2. Si el incremento patrimonial es de doscientos a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general, con pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa del triple del aumento no justificado.

¹ Presidencia de la República. 2011. *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, para discusión y análisis de la Asamblea Nacional*. Quito. Documento no publicado. P. 91.

3. Si el incremento del patrimonio es mayor a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general, con pena privativa de libertad de cinco a siete años y multa del cuádruple del aumento no justificado.

Serán comisados los instrumentos productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento del delito²

En la etapa de objeción presidencial, acogimiento del legislativo y registro oficial como texto definitivo:

Artículo 297.- Enriquecimiento privado no justificado.- La persona que obtenga para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, incremento patrimonial no justificado mayor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años³.

Así mismo es menester dejar bien definido el sentido del estudio de estos textos, pues como investigadores nos interesa resaltar las falencias técnicas que hemos encontrado en una propuesta que asumimos debió en su momento ser motivada y sostenida por un equipo asesor altamente profesional del sugerente, en teoría preparado para prever las consecuencias de lo que propone. Fue preciso para ello enfocarnos en todo el camino y no solamente hacer énfasis en su resultado. Claros estamos en que el resultado aplicable de este delito difiere totalmente de su iniciativa propuesta, precisamente eso es lo que destacamos y no atendemos solo a éste último pues de ser así no se hubiese demostrado lo que nos preocupa, la ligereza con la que se hace legislación penal en el Ecuador y consecuentemente el desperdicio de tiempo, recursos y discusiones por tratar de enmendar propuestas sin pies ni cabeza en el Derecho contemporáneo penal.

² Asamblea Nacional de la República del Ecuador- Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. 2012. *Borrador Segundo Debate- Código Orgánico Integral Penal*. Quito. Documento no publicado. P. 120.

³ Presidencia de la República. 2014. *Veto presidencial al COIP final. pdf*. Documento no publicado. Quito. P. 17.

En este sentido lo que pretenden las futuras reflexiones es manifestar la posición absurda de defensa a la iniciativa impulsada por el gobierno y que al cerrar el entendimiento de esta manera, en el último tramo el que propuso error y no admitió correcciones terminó corrigiendo su propio error tal y como incitaron los opositores de la propuesta, nada más y nada menos que después de dos años.

También es preciso, para adentrarnos al tema, ser conscientes de la etapa de transición en la que se desenvuelve nuestro sistema penal. Recordemos que desde la Constitución de Montecristi el Ecuador es ahora una nación que responde a un orden constitucional de derechos y justicia⁴ y que este mismo título se pregona como la mayor conquista del gobierno. De esto valoramos que el verdadero problema en este sentido es adecuar la normativa, en este caso penal, en todas sus formas (sustantiva, adjetiva, ejecutiva.) a la visión moderna que ordena la Ley fundamental, esto es: minimizar la facultad punitiva estatal a la vez que se incrementan las garantías de derechos de los ciudadanos como doctrina aceptada en el ordenamiento jurídico nacional.

Esto por supuesto es una tarea muy difícil en la que todos debemos incluirnos, principalmente los actores judiciales llámense abogados, funcionarios, fiscales o jueces y más aún los estudiantes de derecho. Para poder alcanzar semejante proeza debemos ser sensatos de que desde las aulas estamos obligados a acoger pensamientos contemporáneas del derecho como el neoconstitucionalismo y su

⁴ Artículo 1 Constitución de la República del Ecuador. En: (Asamblea Constituyente). 2008. *Constitución de la República del Ecuador. Incluye las reformas aprobadas en el referéndum y consulta popular de 7 de mayo de 2011*. Montecristi. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional del Ecuador. P. 23.

consecuente teoría garantista sobre la justicia penal, sujetando nuestro actuar y desenvolvimiento profesional a estas.

Siguiendo este hilo argumentativo advertimos al lector con el ánimo de evitar confusiones que esta obra debe digerirse en dos partes, la primera abarca el análisis de la adecuación de la propuesta original a la Constitución y Tratados Internacionales sobre derechos humanos que la encontramos en el capítulo III, y la segunda se refiere a la crítica que se deriva de su evolución y resultado, misma que desarrollamos en el capítulo IV.

Entonces, en este orden de ideas, destacamos que para proponer una reforma de este alcance es necesario hacerse varias preguntas, como bien señala Ramiro Ávila Santamaría: " ¿Qué tipo de código penal exige la Constitución y cuál debe ser su relación con la democracia y el Estado?, ¿reforma puntual o global?, ¿reforma sustantiva, adjetiva o ejecutiva?, ¿eficiencia o garantías?, ¿hasta dónde llegar?, ¿Cómo implementar?, ¿Cómo construir y socializar una propuesta normativa de cosnstitucionalización del derecho penal?"⁵. Este autor asiente que todas las bases a estas preguntas las encontramos en la Constitución, por lo que no se puede hacer una reforma sin comenzar estudiando a profundidad los derechos y la Constitución. Claro está, no vamos a realizar dicho estudio en estas páginas pero si es necesario destacar el conocimiento mínimo en que debió realizarse tan solemne proceso. Si estas reflexiones caben para todo el catálogo, lo hacen particularmente para el articulado señalado aquí como punto de estudio.

⁵ Ávila, R. 2013. *La (In) justicia penal en la democracia constitucional de derechos- Una mirada desde el garantismo penal*. Quito. ISBN Colección Profesional Ecuatoriana. P. 205.

Como no destacar que el código penal vigente es absolutamente caduco, pues si revisamos la historia damos cuenta que este tiene una fuerte influencia del código italiano de 1930 conocido como código de Rocco, del argentino de 1922, del belga de 1867 y este a su vez del francés de 1810 conocido como código napoleónico (Ávila, 2013, p. 169). En suma el Estado ejerce la facultad sancionadora de un código de más de dos siglos que resulta, por decir lo menos, distante de la realidad.

Entonces, se presenta la urgencia de una reforma penal integral, eso nadie lo duda, más la problemática surge cuando no se trata dicha actividad legislativa con la responsabilidad que el caso exige, pues la cura puede terminar siendo más dañina que la enfermedad. Aquí vale hacer una reflexión: Ningún derecho emanado de la Constitución es negociable, estos no se pueden sacrificar por el sentimiento de inseguridad ciudadana que podamos tener, o por el orden público o por cualquier otra consideración que se pueda tener por mayoritaria que esta sea.

“No se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría por aplastante que sea puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable”.⁶

Nos faltarían páginas si en este trabajo nos hubiésemos planteado el análisis de toda la ley integral penal, empero es necesario entender que todo este proceso se construyó de forma similar, sobre todo en los artículos más controversiales y discutidos, entre ellos el enriquecimiento privado no justificado.

⁶ Ferrajoli, L. 2008. *Derecho penal mínimo y otros ensayos*. México. D.F. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes. P. 24.

1.2. Justificación:

1.2.1. Antecedentes y Críticas a la Consulta Popular.

El enriquecimiento privado no justificado, ha generado en los últimos dos años una gran discusión sobre su aplicabilidad, siendo *vos póluli* su vigencia próxima pues ya se encuentra tipificado dentro del novedoso Código Orgánico Integral Penal COIP (agrupación de los Códigos: Penal, Procedimiento Penal, Ejecución de Penas y otras leyes penales especiales), conjugándose desde el principio debates jurídicos con posiciones políticas oportunistas respecto al tema, de las cuales nos mantendremos al margen en el desarrollo de este trabajo. A pesar de ello es importante reflejar puntos de vista desde las dos perspectivas.

El gobierno, en su afán de “contrarrestar” la corrupción y cometimiento de delitos de cuello blanco y sobre todo la impunidad de estos que tanto le ha costado al país a través de la historia, propone la tipificación del enriquecimiento privado no justificado en el catálogo penal y lo orienta a consideración del pueblo vía consulta popular. La problemática se da puntualmente en su redacción, pues del estudio del proyecto presidencial existe una discusión crítica encaminada a una supuesta vulneración de derechos constitucionales, entre los cuales su principal es la presunción de inocencia. El texto al cual nos referimos y que nos ocupará la primera parte que mencionamos de este trabajo es el siguiente:

Artículo 248.- Enriquecimiento privado no justificado.- La persona que no siendo funcionario público incrementa su patrimonio sin que pueda justificarse tal incremento con ingresos percibidos y declarados al Servicio de Rentas Internas por efecto del desempeño de una actividad no prohibida por la Ley, será sancionado de acuerdo a las siguientes reglas:

Si el incremento patrimonial es inferior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a nueve

años y multa de cincuenta a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Si el incremento del patrimonio es superior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años y multa de cien a doscientas remuneraciones básicas del trabajador privado en general.

Si el incremento del patrimonio es mayor a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a once años y multa de cincuenta a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Si el incremento del patrimonio es igual o mayor a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años y multa de veinte a cincuenta remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

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

Para la configuración de este tipo penal se considerará únicamente aquellas declaraciones superiores a la base establecida para la obligación de presentar declaración patrimonial.

Serán comisados los instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento de la infracción.⁷

Por un lado se asevera que está en contraposición con la presunción de inocencia, toda vez que en este caso la carga de la prueba recae sobre el procesado; es decir, este tendrá que probar la procedencia de los bienes que forman parte de su patrimonio y como consecuencia, aunque todos estos sean de una procedencia lícita, si este no puede justificarlos estaría adecuando su conducta a este delito, con lo que se obliga al procesado a probar su propia inocencia.

La otra cara de la moneda la procuran quienes creen que con este nuevo delito se abre una clara posibilidad de combatir el enriquecimiento mal habido que como es lógico pensar no es justificado, donde realmente se esconde la corrupción y

⁷ Presidencia de la República. 2011. *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, para discusión y análisis de la Asamblea Nacional*. Quito. Documento no publicado. P. 91.

el cometimiento de otros varios delitos como: narcotráfico, evasión de impuestos, todo tipo de negociados ilegales, cohecho y hasta soborno a jueces inmorales o como ellos dicen la venta de sentencias, todo esto evidenciado en el pasado cuando sobre funcionarios deshonestos y ávidos por enriquecerse se desplegaba un manto protector cubierto de impunidad.

En este contexto algunas de las reacciones que ha generado esta propuesta normativa han sido por ejemplo⁸:

Para el penalista César Albán, que la tipificación de este delito permitirá investigar el origen desproporcionado de los bienes y pone como ejemplo la quiebra del sector bancario ecuatoriano en 1999 (feriado bancario), cuando muchas personas levantaron grandes negocios con el capital de los ahorristas, lo que, en sus palabras, no se investigó. También recuerda el jurista que en la sucretización de la deuda externa en los años 80 “muchos especularon con el sistema cambiario, comprando dólares y endeudándose en sucres”. Albán afirma que en un verdadero Estado de Derecho no debe haber ningún problema en investigar el origen de los recursos económicos de las personas y deberán justificarlo. Sostiene que esto también incluye un perjuicio al Estado por el no pago de tributos. Con lo que para este penalista ahora se abrirá la puerta para una mayor equidad económica en la sociedad, menciona que “hay muchas cosas que investigar en Ecuador, lo cual puede reducir la impunidad”.

⁸ Popol-Vuh. *COIP estipula indagación a lucro privado*. El Telégrafo. Fecha de publicación: 20 octubre 2013. En: <http://www.telegrafo.com.ec/justicia/item/coip-estipula-indagacion-a-origen-de-lucro-privado.html> Fecha de consulta: 25 octubre 2013.

En cambio para el asambleísta, Luis Fernando Torres (PSC-CREO), los rangos marcados en este articulado propuesto son injustos. “En el caso de enriquecimiento público tiene que ser ilícito; en cambio para el privado, la norma plantea que sea injustificado, por lo cual alguien del sector privado tiene menos garantías”. El legislador no está de acuerdo con que se ajuste a la norma el enriquecimiento privado no justificado, pues lo considera discriminatorio.

Para Gabriel Rivera, legislador de Alianza País, esta tipificación nace de una necesidad social y reveló que se incluyó en la propuesta de COIP por los altos patrimonios que surgen debido al narcotráfico, sicariato y otras vulneraciones que representan serias amenazas a la seguridad interna y externa del Estado.

“Si alguien aparece como propietario de un edificio de cinco pisos de la noche a la mañana, sin un trabajo fijo y sin pagar impuestos, es obvio que se puede iniciar una investigación” dice. Rivera cree finalmente que los ciudadanos que tienen “todo en regla y en orden” no deberían preocuparse.

No obstante lo anterior, la postura gubernamental fue siempre el tener que proteger a la sociedad de los diferentes delitos de cuello blanco que siempre se han camuflado por el hecho de no rendir cuentas por el patrimonio acumulado sino simplemente en el ámbito civil o administrativo que son situaciones totalmente manejables y, cuando se ha tenido la ‘osadía’ de procesar penalmente a uno de estos señores, todo el aparataje estatal no ha podido “probar” y por ende sancionar a delincuentes multimillonarios, a pesar de tener la certeza de que se han enriquecido con actividades desarrolladas al margen de la ley. Esto como consecuencia de haber tergiversado en estos procesos penales la presunción de inocencia.

Reflexionamos entonces que, en este punto estamos obligados a investigar temas excepcionales como la inversión de la carga probatoria o el procedimiento en los delitos económicos, verificando si el texto defendido se incorpora jurídicamente a estos procedimientos establecidos en el Ecuador. En fin, existe mucha tela que cortar en esta discusión, como el mismo presidente Correa manifestó:

“...El que nada debe, nada teme [...] (en cuanto al principio de presunción de inocencia)...Ese es el principio pero hay que ser objetivos, nadie va a decir usted es un ladrón, si tiene una fortuna, justifique [...] otra cosa es si no justifica y sabemos que usted se dedicó al contrabando; Los ciudadanos honestos no tenemos nada que temer...”⁹.

Desde esta misma posición, sectores políticos califican a la Constitución como hiper-garantista y se defiende la creación de este delito por estar protegiendo a todo un país que más de una vez ha sido desfalcado sin misericordia por personajes que hoy por hoy gozan de unas vacaciones perpetuas en Miami y otros paraísos, burlándose así no solo de la justicia ecuatoriana sino de todo un pueblo.

En este contexto socio-político recordemos pues, como comenzó este proceso de tipificación:

1.2.2. La Consulta.

El 7 de mayo del 2011, se llevó a cabo la consulta popular y referéndum convocada por el señor presidente de la República Ec. Rafael Correa, siendo la pregunta N° 6 de temas generales (consulta) la siguiente: 6. ¿Está usted de acuerdo que la Asamblea Nacional, sin dilaciones dentro del plazo establecido en la Ley

⁹ Correa Rafael. *Entrevista*. Por: Estefany Espín. CNN en español. Subido por priscialvarez1104 el 23/04/2011. En: <http://www.youtube.com/watch?feature=endscreen&NR=1&v=2UX2-4h77tg> fecha de consulta: 30 julio 2012.

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?.

Es de conocimiento público que como indicamos, tras una serie de críticas de la oposición, la propuesta logró imponerse con una votación a favor de 4.023.533 votos, que representa el 53.43% de la población total consultada¹⁰, aprobando de esta manera la iniciativa del bloque de gobierno. Efectivamente, tras la aprobación de la consulta hasta hace pocos días y dos años después, se debatió en la Asamblea Nacional la aprobación del Código Orgánico Integral Penal, siendo el enriquecimiento privado no justificado uno de los nudos más críticos discutidos por los legisladores.

Es preciso recordar que en relación a los efectos de la consulta popular el artículo 106 de la Constitución del Estado indica que el pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento¹¹, por lo que en términos simples diremos que indiscutiblemente este tipo penal debía constar en el COIP.

De esta discusión se desprende el tema que nos compete en este trabajo, puesto que es de trascendencia y tiene relevancia social.

Debemos aclarar que, por el largo tiempo que ha estado estancado este proyecto en la Asamblea Nacional y su consecuente modificación tipológica la

¹⁰ Registro Oficial No. 490 del día 13 de julio del 2011.

¹¹ Artículo 106 de la Constitución de la República del Ecuador: [...]. Para la aprobación de un asunto propuesto a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, se requerirá la mayoría absoluta de los votos válidos, [...]. El pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento [...]. En: (Asamblea Constituyente). 2008. *Constitución de la República del Ecuador. Incluye las reformas aprobadas en el referéndum y consulta popular de 7 de mayo de 2011*. Montecristi. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional del Ecuador. P. 73.

situación ha variado, no una sino varias veces, por lo que en el transcurso de este trabajo daremos cuenta paulatinamente de aquello.

De tal manera que para poder interpretar y opinar objetivamente sobre lo planteado debemos remontarnos a Principios Universales del Derecho como la Presunción de Inocencia; Recordemos que esta garantía está consagrada en varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Ecuador, como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos así como en nuestra Constitución y legislación nacional.

1.3. Enunciado y Definición del Problema:

Enunciado del Problema: Del enriquecimiento privado no justificado ha existido mucha discusión. Para la propuesta gubernamental, por ejemplo, la oposición sostuvo incansablemente que está en contraposición con la presunción de inocencia, toda vez que en este caso la carga de la prueba recae sobre el procesado.

Por otro lado hay quienes creen que con este nuevo delito se abre una clara posibilidad de combatir actos de corrupción camuflados.

Damos cuenta entonces, que es cierto que en un pasado no muy lejano nuestro país se ha caracterizado por una serie de irregularidades y corruptelas impregnadas cual parásito en todas las instituciones del Estado y también en entidades privadas, pero no es menos cierto que en el nuevo Ecuador definido desde la Constitución 2008 como un estado de derechos y justicia (Art. 1 Constitución), su deber es garantizar como fin principal e inalienable los derechos humanos de sus ciudadanos. Es por eso que despojándonos de toda ideología que pueda interferir en

el presente estudio, como la tendencia política, en este trabajo de titulación nos limitaremos a realizar un análisis netamente jurídico del tema.

Así mismo ya en manos del legislador, como era de esperarse este texto ha sido cambiado totalmente y en su modificación encontramos también algunos inconvenientes, como son: La distorsión total de la propuesta original como mandato popular, dándonos como resultado una versión nueva de un delito ya existente en la esfera penal, de lo cual ahondaremos más adelante. Lo que necesariamente requiere de nuestra parte un profundo análisis referente al trabajo legislativo del Estado, convirtiéndonos en críticos, siempre constructivos, de esta labor que muchas veces es más política que jurídica y que se evidencia, por lo menos en casos puntuales, una carencia de técnica adecuada.

Definición del Problema: De lo anteriormente expuesto, se desprende la siguiente interrogante: ¿Después de todas sus reformas, el proyecto final del delito de enriquecimiento privado no justificado es genuinamente constitucional y necesaria?

1.4. Objetivos:

Objetivo General: Analizar la constitucionalidad y necesidad del resultado final del delito penal próximamente tipificado como enriquecimiento privado no justificado.

Objetivos Específicos:

- 1.- Identificar la evolución normativa de este tipo penal y la trascendencia de su resultado en la seguridad jurídica del país.
- 2.- Evaluar la eficacia jurídica del resultado final de esta propuesta normativa y su aplicabilidad en el proceso penal ecuatoriano.

3.- Determinar las principales consecuencias jurídicas de la aplicación de este nuevo artículo del Código Orgánico Integral Penal en la ventilación de procesos penales.

B. SECCIÓN DE DESARROLLO DE IDEAS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS:

Capítulo II.

SUSTENTO DE LA INVESTIGACIÓN.

Con el propósito de fundamentar la presente investigación, nos hemos delimitado a las principales fuentes que hoy existen sobre el tema. En primer lugar hemos acudido al proyecto de COIP y sus reformas, a la Constitución de la República, a los códigos sustantivo y adjetivo penales vigentes. Además consideramos relevantes teorías que dan a luz a los principios generales del derecho, al neoconstitucionalismo y por supuesto los derechos humanos. Esto desde una perspectiva nacional que vuelven necesarios argumentos sociales como la realidad nacional y la democracia como forma de gobierno de nuestro país.

2.1. Marco Teórico.-

Siguiendo esta línea, sin ánimo de detenernos en estudios preliminares de teorías propuestas en obras mundiales del derecho, seguimos principalmente a grandes estudiosos reconocidos a nivel mundial como el profesor alemán Robert Alexy y por supuesto al italiano Luigi Ferrajoli así como, un poco más cercano a la realidad de nuestra región tomaremos pensamientos del maestro argentino Eugenio Raúl Zaffaroni y a nivel nacional seguimos a Ramiro Ávila Santamaría como referente; De aquí que nos permitiremos hacer unas cuantas anotaciones al respecto tratando de plasmar una perspectiva clara desde la cual se ha abordado este análisis, que es el garantismo penal.

Cabe recordar que en el proceso de la aprobación legislativa del nuevo COIP, ha existido una serie de puntos críticos de los cuales se han generado debates, posiciones, consensos y discusiones por más de dos años, tiempo que ha estado paralizado este proyecto en la Asamblea Nacional. Los puntos más controversiales han sido entre otros tantos: un inminente aumento de delitos y de penas, la despenalización del aborto por violación no solamente a mujer con discapacidad mental sino en cualquier caso (tema que no pasó de ser un pensamiento aislado y sin respaldo en la Asamblea), la mala práctica profesional, la tipificación del sicariato y por supuesto el enriquecimiento privado no justificado.

Es por eso que aclaramos que en el presente trabajo nos demarcamos de una manera específica y concreta en este último, a su concordancia con la Constitución en primera instancia y a la oportunidad y necesidad social por otro lado. Hemos limitado exclusivamente estas líneas a fundamentar jurídicamente sobre las razones de peso para la creación del tipo penal y si estas son acertadas o no según nuestro pensar, por supuesto también sus consecuencias jurídicas que iluminarán nuestro sendero en busca de la conclusión de este trabajo, para lo cual en el transcurso del mismo, principalmente en su primera parte, exhibimos enfoques y demás aspectos pertinentes en la doctrina nacional e internacional, así como en la historia.

Con esta aclaración, trataremos de recoger antecedentes necesarios para la presente discusión. En este contexto como asunto relevante traemos a colación, la gran conquista social que son los Derechos Humanos, y entre ellos hacemos énfasis en la presunción de inocencia, principio universal del Derecho que ha sido el fruto de incontables batallas a costa de muchas vidas en todos los lugares del mundo desde

épocas medievales e inquisitivas y mucho antes hasta la actualidad en que se puede decir que todo Estado racional reconoce a este principio como propio.

Para reflejar lo importante que se torna la presunción de inocencia, al momento de un fallo judicial, del cual dependerá incluso en caso de duda la libertad misma del procesado, en cuanto a sus alcances tomaremos lo manifestado por el español Jaime Vegas Torres, citado por César San Martín Castro que a su vez se menciona en el artículo del Dr. Walter Raña Araña:

“...1) Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal. 2) Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso. 3) Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, **imponiéndose la absolucón del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada**”.(énfasis mío)¹²

Lo que sin lugar a dudas se pone en tela de discusión en el primer texto analizado, como veremos en el siguiente capítulo.

2.2. Metodología.

En cuanto a los procedimientos utilizados para el desarrollo y la consecuente obtención de resultados, en este trabajo empleamos diferentes métodos de investigación indispensables para cumplir el objetivo planteado, como son:¹³

¹² Raña, W. s/f. *Principio de Presunción de Inocencia*. En:http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/PPI_WRA.pdf fecha de consulta: 30 julio 2012.

¹³ Gutiérrez, A. 1992. *Métodos de Investigación*. Quito. Impresión Colegio Técnico Don Bosco, 4ta ed. pp. 59-79.

a. Método Exegético, ya que es necesaria la interpretación y explicación literal de la norma, pretendiendo conseguir la comprensión de su contenido, el sentido y alcance de la ley, así como la intencionalidad de su creación, para con ello determinar su aplicación en la administración de justicia del país.

b. Método Dialéctico, en el que mediante una discusión fundamentada se trata de descubrir contradicciones preexistentes; Pues del caso se desprenden: una premisa mayor y una menor y como consecuencia tendremos una conclusión.

c. Método Analítico-Sintético, entendiéndose lógicamente el análisis y la síntesis como complementarios, toda vez que el uno verifica o perfecciona al otro; El primero consiste en ir de los efectos a las causas, de los hechos a las normas que las rigen, de las ideas menos generales a las más generales; y a la segunda, de los principios a las consecuencias, de las causas a los efectos, de las ideas más generales a las menos generales. Las mismas que en conjunto nos permitirán descomponer un concepto, un juicio, un raciocinio en sus elementos y recomponer seguidamente el todo.

d. Método Inductivo, ya que el estudio va de lo particular a lo general.

e. Método Deductivo, que es el proceso que parte de un principio general ya conocido para inferir de él consecuencias particulares.

f. Otros Métodos que en el desarrollo del tema han exigido su participación, según su necesidad, como el método comparado.

2.3. Definiciones Operacionales.

Además, con el propósito de unificar significados de algunos términos utilizados en el presente estudio, es menester definir algunas palabras de una

manera acorde al trabajo realizado, para lo cual damos un matiz propio, siendo en algunos casos necesario acudir a fuentes de consulta y en otras, definir personalmente estos términos, para poder transmitir al lector una idea original de la terminología utilizada dentro del contexto de su desarrollo, así tenemos:

- Autónomo: Que tiene autonomía, que es la condición de no depender de nadie. (DRAE. En: www.rae.es/rae.html Fecha de consulta 30 julio 2012.).
- Cohecho: Es un delito que consiste en que una autoridad o funcionario público acepta o solicita una dádiva a cambio de realizar u omitir un acto inherente a su cargo. -Soborno o coima-. (Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. 2007 Larousse Editorial, S.L.).
- Concusión: Término legal que se utiliza cuando un funcionario público en uso de su cargo, exige o hace pagar a una persona una contribución, o también al cobrar más de lo que le corresponde por las funciones que realiza. Este delito puede presentar agravantes si se emplea intimidación o si se invoca que son órdenes de un funcionario de mayor jerarquía, y esta exacción es en provecho propio. (Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. 2007 Larousse Editorial, S.L.).
- Constitución: Acto o decreto fundamental en que están determinados los derechos de una nación, la forma de su gobierno u la organización de los poderes públicos de que este se compone. (Cabanellas, p.88).
- Debido Proceso: Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas. (Cabanellas, p. 111).

- Derecho: (con D MAYÚSCULA) Colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los seres humanos en cualquier sociedad civil, para vivir conforme a justicia y paz; y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza. El Derecho puede expresar el orden o las ordenes que integran el contenido de códigos, leyes, reglamentos o costumbres, como preceptos obligatorios, reguladores o supletorios establecidos por el poder público, o por el pueblo mismo a través de la práctica general reiterada o de la tradición usual. (Cabanellas, p. 119).
- Derechos Humanos: Libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de etnia, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (En: es.wikipedia.org/wiki/Derecho_humanos fecha de consulta: 30 julio 2012).
- derecho: (con n minúscula) Constituye la facultad, poder o potestad individual de hacer, elegir o abstenerse en cuanto a uno mismo atañe, y de exigir, permitir o prohibir a los demás; ya sea el fundamento natural, legal, convencional o unilateral. (Cabanellas p. 119).
- Desfalco: Ilícito que comete un ciudadano al robarle a su empleador. Es un tipo de fraude financiero pudiendo ser de caudales privados, como entre un empleado y su patrón, o de caudales públicos. (Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. 2007 Larousse Editorial, S.L.).

- Etapa: Fase en el desarrollo de una acción u obra. (DRAE. En: www.rae.es/rae.html Fecha de consulta 30 julio 2012).
- Garantías Constitucionales: Conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen. (Cabanellas p. 178).
- Imputabilidad: Capacidad para responder; aptitud para serle atribuida a una persona una acción u omisión que constituye delito o falta. Del verbo imputación, que es la atribución de una culpa a un agente capaz normalmente. (Cabanellas, p. 197).
- Inimputabilidad: Cualidad de inimputable. Es circunstancia eximente. (DRAE. En: www.rae.es/rae.html Fecha de consulta 30 julio 2012).
- Inocencia: Falta de culpa o equivocada calificación en tal sentido. (Cabanellas p. 206).
- Juicio: Conocimiento, tramitación y fallo de una causa por un juez o tribunal. (Cabanellas, p. 217).
- Malversación de fondos: En suma la utilización ilegal del dinero o bienes ajenos o del estado en cosas diferentes a las que iban destinados, generalmente en beneficio propio. (Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. 2007 Larousse Editorial, S.L.).
- Neo-constitucionalismo: Es una corriente del Derecho que ha tomado una inusitada fuerza en nuestra región. Sus promotores admiten que es una teoría en construcción y en constante tensión. Para unos, es una superación y

evolución del positivismo jurídico; para otros es una nueva teoría. Lo cierto es que es una tendencia que promueve cambios en la concepción tradicional y formal del Derecho. (Ávila Santamaría, p.53).

- Peculado: Generalmente el término peculado se usa para expresar la idea de apropiación de fondos pertenecientes a la administración pública, realizada por el encargado de administrarlos. (Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. 2007 Larousse Editorial, S.L.).
- Perito Judicial: Especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio que interviene en el procedimiento civil, penal o de otra jurisdicción, como la persona que informa bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia. (Cabanellas, p. 303).
- Presunción: Inferencia que el juzgador extrae de los hechos de autos, llegando de lo probado a afirmar la veracidad de lo probable o desconocido. (Cabanellas, p. 318).
- Principio: Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia. (DRAE. En: www.rae.es/rae.html Fecha de consulta: 30 julio 2012).
- Principios Generales del Derecho: Uno de los conceptos jurídicos más discutidos. Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las *Reglas del Derecho*. Según Burón los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, en los cuales se halla

contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez (Hoffmann); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Muger). (Cabanellas, p. 320).

- Prueba: Demostración de la verdad o de una afirmación. Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. (Cabanellas, p. 327).
- Recursos: Medio de defensa previsto por la Constitución y la ley para impugnar los actos autoritarios surgidos en un procedimiento judicial o administrativo, con los que no se esté conforme, y que tiende a lograr la revocación o la modificación de dichos actos. (DRAE. En: www.rae.es/rae.html Fecha de consulta 30 julio 2012).
- Responsabilidad: Obligación de reparar y satisfacer; y merecer una sanción a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. (DRAE. En: www.rae.es/rae.html Fecha de consulta 30 julio 2012).
- Sanción Penal: Pena para un delito o falta. La amenaza legal de un mal por la comisión u omisión de ciertos actos o por la infracción de determinados preceptos. (Cabanellas, p. 360).
- Sentencia: Dictamen, resolución judicial en una causa, fallo en la cuestión principal de un proceso. Es la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando según la ley y norma aplicable y de acuerdo con su opinión. (Cabanellas, pp. 362,363).

- Vulneración: Del verbo vulnerar. Transgredir, quebrantar o violar una ley o precepto. (DRAE. En: www.rae.es/rae.html Fecha de consulta 30 julio 2012).
- *IURIS ET DE JURE*: La suposición legal que no admite prueba en contrario. (Cabanellas, p. 318).
- *IURIS TANTUM*: Invierte la carga de la prueba de tal forma que el que está favorecido queda liberado. (Cabanellas, p. 318).

CAPÍTULO III.

CONQUISTAS SOCIALES DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO DE LIBERTAD.

Una vez abordada la problemática que hoy nos compete, desarrollando puntualmente en este capítulo el estudio del primer proyecto normativo, es nuestro afán discernir jurídicamente el conflicto que nació junto con este, por supuesto con lo que se intentó implementar como articulado penal, previamente, de manera inevitable, nos resulta necesario involucrarnos en el tema de los tan mencionados Derechos Humanos y específicamente con el derecho de libertad, ya que es este derecho el que se vería privado con la ejecución de una posible sanción penal. De esta manera alcanzaremos un entendimiento conceptual adecuado para abarcar la interrogante que se propone en esta investigación. Además para tomar una postura en cuanto a garantías del debido proceso nos referiremos básicamente al principio de presunción de inocencia. Recordaremos de donde viene y que defiende, por lo que como preámbulo relevante nos permitiremos recordarnos ciertos acontecimientos históricos y conceptos de reconocimiento universal en el Derecho.

3.1. Breve reseña histórica sobre los Derechos Humanos.

En todo ámbito social en el que nos desenvolvamos siempre se mencionan los derechos humanos, pero ¿Qué realmente son los derechos humanos?, para contestar esta pregunta comenzaremos diciendo que existen muchos tipos de derechos, la mayoría aplicables a ciertos grupos (trabajadores; niñas, niños y adolescentes, etc.), pero los derechos humanos son los únicos que nos

corresponden absolutamente a todos en todas partes, es decir, son universales. Por lo tanto cuando hablamos de derechos humanos entendemos que son los derechos que tenemos por el simple hecho de ser seres humanos¹⁴.

De acuerdo con las Naciones Unidas hay un total de 30 derechos que sencillamente se agrupan y se denominan: Derechos Humanos. Todos estos están enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵ que es el documento más ampliamente aceptado sobre este tema en todo el planeta.

Pero se podría decir que al principio no existían tales derechos o por lo menos no se los reconocía como tales, simplemente se vivía de acuerdo a la condición propia de cada persona: Amo o esclavo, explotador o explotado, según en donde y en que condición se haya nacido; Se aplicaba la ley del más fuerte. Pero la naturaleza del ser humano siempre tiende a la libertad y en la agrupación de los sometidos se ha encontrado la fuerza de la revolución y posteriormente el cambio.

La historia nos refiere entre los antecedentes más importantes al “Cilindro de Ciro”¹⁶ en el año 539 a. C., cuando Ciro el grande se convirtió en el primer rey de la Persia antigua, sus ejércitos conquistaron la ciudad de Babilonia, después sus siguientes acciones fueron las que marcaron un avance significativo para el hombre (en ese tiempo la mujer era excluida meramente como acompañante del hombre, siempre por debajo de él). Este personaje declaró que todas las personas tenían el

¹⁴ En: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>; Véase también artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU – 1948 fecha de consulta: 03 abril 2013.

¹⁵ En: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> fecha de consulta: 03 abril 2013.

¹⁶ Conocido hoy como el Cilindro de Ciro, este documento antiguo ha sido reconocido en la actualidad como el primer documento de los derechos humanos en el mundo. Está traducido en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y sus disposiciones son análogas a los primeros cuatro artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En: <http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html> fecha de consulta: 03 abril 2013.

derecho a escoger su propia religión, liberó a los esclavos, y estableció la igualdad racial. Sus decretos fueron grabados en un cilindro de barro cocido en lenguaje acadio¹⁷ con escritura cuneiforme¹⁸.

Desde Babilonia, la idea de estos derechos se difundió rápidamente por la India, Grecia, llegando hasta Roma. Es por eso que varios autores coinciden en afirmar que los orígenes de los derechos humanos se remontan a la Grecia antigua y a Roma que, efectivamente es donde nació el concepto de “ley natural”, puesto que se observó siempre el hecho de que las personas en el transcurso de la vida tendían a seguir ciertas leyes que no estaban escritas. Efectivamente la historia demuestra que la ley romana se basaba en ideas racionales derivadas de la naturaleza de las cosas. Ideas que hasta hoy son preceptos muy importantes del derecho y aplicables en todos los ordenamientos jurídicos del mundo.

Otro antecedente relevante es el Código de Manú¹⁹ conocido como la “primera manifestación explícita de los derechos humanos” por el reconocimiento público que tuvo el antiguo texto legal hindú donde se plasmaron libertades humanas esenciales y controles o virtudes necesarias para la vida buena.

No obstante de estos acontecimientos la historia nos muestra que siempre los derechos han sido pisoteados por quienes tienen el poder, si bien es cierto que en el Cilindro de Ciro por ejemplo, se reconocían varios importantes derechos no fue sino

¹⁷ De Akkad o relativo a este reino mesopotámico. En: <http://www.wordreference.com/definicion/acadio> fecha de consulta: 29 julio 2013.

¹⁸ Referente a una cuña o clavo (definición propia).

¹⁹ Varios historiadores creen que el texto fue escrito durante o después del reinado del rey hinduista Púsiamitra Shunga (alrededor del siglo III a. C.), quien persiguió a los budistas y los echó de la India. Después de la ruptura de los imperios Maurya y Shunga, hubo un periodo de incerteza que llevó a un aumento del interés en normas sociales ultraconservadoras. Las leyes de Manu contienen 2031 (o 2648) versos, divididos en 18 capítulos, que presentan reglas y códigos de conducta que debían ser aplicados por los individuos y la sociedad. En: <http://historiadelderecho2011.blogspot.com/2011/02/codigo-de-manu.html> fecha de consulta: 03 abril 2013.

hasta mil años después que, en Inglaterra, después de que el rey *Juan Sin Tierra*²⁰ violara un número de leyes y tradiciones antiguas con que había gobernado, sus súbditos se revelaron y lo forzaron a firmar la Carta Magna, la cual enumera lo que después vino a ser considerado como los derechos humanos²¹. Entre las conquistas más importantes se logró que el Rey reconociera que nadie podía vulnerar los derechos de los gobernados. Se podría decir que es aquí donde los derechos estaban protegidos por quienes estaban en el poder, no porque querían, sino porque fueron obligados por un pueblo indignado.

Sin embargo, ha sido muy difícil llegar hasta su reconocimiento mundial. Estos son fruto de grandes luchas y procesos de los pueblos a costas de millones de vidas e incontable sufrimiento para quienes nos antecedieron. Desde que el hombre existe, han sido una serie de acontecimientos en todos los lugares del mundo que han dado origen a lo que hoy conocemos como los derechos humanos.

Podemos mencionar entre los documentos precursores más importantes de la historia que afirman los derechos individuales a: La Carta Magna²² (1215), La Petición de Derechos²³ (1628), Declaración de derechos británica²⁴ (1689), la

²⁰ En 1199, Juan se proclamó rey de Inglaterra, después de incontables luchas por defender su trono finalmente fueron sus propios súbditos los que se rebelaron: la acción combinada de los barones, obispos y burgueses le obligó a aceptar la Carta Magna (1215), primer compromiso escrito de un monarca inglés de respetar una serie de derechos y libertades. Dicho texto de carácter feudal ha seguido formando parte hasta nuestros días de la constitución consuetudinaria de Inglaterra. En: http://www.biografiasyvidas.com/biografia/j/juan_sintierra.htm Fecha de consulta: 07 agosto 2013.

²¹ En: <http://www.humanrights.com/> fecha de consulta: 04 abril 2013.

²² La Carta Magna es una cédula que el rey Juan sin Tierra de Inglaterra otorgó a los nobles ingleses el 15 de junio de 1215 "en la que se comprometía a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza y a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes, mientras aquellos no fuesen juzgados por 'sus iguales'. En: <http://html.rincondelvago.com/carta-magna-de-juan-sin-tierra-de-inglaterra.html> fecha de consulta: 29 julio 2013.

²³ La Petición de Derechos (en inglés Petition of Right) es un importante documento constitucional inglés que establece garantías concretas para los súbditos, garantías que el rey tiene prohibido vulnerar. Concedida el 7 de

Constitución de Estados Unidos²⁵ (1787), la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos²⁶ (1789), y la Carta de Derechos de Estados Unidos²⁷ (1791).

Ya después de ganar todas estas batallas y muchas otras, en la humanidad el concepto romano de “ley natural” se había convertido en “derechos naturales”.

Debemos entender también, que el proceso de derechos no siempre ha sido progresivo, más bien ha sido cambiante, con grandes retrocesos hasta el punto donde estuvieron al borde de la extinción. Uno de los más grandes ejemplos de aquello sucedió en el año de 1800 en Francia, cuando el General Napoleón²⁸ decidió

junio de 1628, la petición contiene restricciones sobre impuestos no establecidos por el parlamento, acontecimiento forzado de soldados en casas particulares, encarcelamiento sin causa y restricciones en el uso de la ley marcial. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Petici%C3%B3n_de_Derechos fecha de consulta: 29 julio 2013.

²⁴ La Carta de derechos o Declaración de derechos (en inglés Bill of Rights) es un documento redactado en Inglaterra en 1689, que impuso el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange para poder suceder al rey Jacobo. El propósito principal de este texto era recuperar y fortalecer ciertas facultades parlamentarias ya desaparecidas o notoriamente mermadas durante el reinado absolutista de los Estuardo (Carlos II y Jacobo II). Constituye uno de los precedentes inmediatos de las modernas Declaraciones de Derechos. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Bill_of_Rights fecha de consulta: 29 julio 2013.

²⁵ La Constitución de los Estados Unidos fue redactada en la Convención Constitucional en Filadelfia en 1787, firmada el 17 de septiembre de 1787 y ratificada por el número requerido de estados (nueve) el 21 de junio de 1788. Sustituye los Artículos de la Confederación, los estatutos originales de los Estados Unidos que estaban vigentes desde 1781. La Constitución contiene un preámbulo y siete artículos. También incluye 27 enmiendas, de las cuales las 10 primeras se conocen como la Carta de Derechos. En: http://www.cato.org/pubs/constitution/constitution_sp.html fecha de consulta: 29 julio 2013.

²⁶ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (en francés: Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, es uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa (1789-1799) en cuanto a definir los derechos personales y colectivos como universales. Influenciada por la doctrina de los derechos naturales, los derechos del Hombre se entienden como universales, válidos en todo momento y ocasión al pertenecer a la naturaleza humana. En: [http://www.google.com.ec/?gws_rd=cr#sclient=psy-ab&q=la+Declaraci%C3%B3n+Francesa+de+los+Derechos+del+Hombre+y+de+los+Ciudadanos+\(1789\)%2](http://www.google.com.ec/?gws_rd=cr#sclient=psy-ab&q=la+Declaraci%C3%B3n+Francesa+de+los+Derechos+del+Hombre+y+de+los+Ciudadanos+(1789)%2) fecha de consulta: 29 julio 2013.

²⁷ La Carta de Derechos (en inglés, Bill of Rights) es el término por el que se conocen las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América. Estas enmiendas limitan el poder del gobierno federal, y garantizan los derechos y libertades de las personas. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Carta_de_Derechos_de_los_Estados_Unidos fecha de consulta: 03 abril 2013.

²⁸ Napoleón es considerado como uno de los mayores genios militares de la Historia, habiendo comandado campañas bélicas muy exitosas, aunque con ciertas derrotas igualmente estrepitosas. Sus agresivas guerras de

derrocar la nueva democracia francesa y se declaró emperador del mundo y casi logra su objetivo, pero como nos cuenta la historia, los países europeos unieron sus fuerzas para finalmente vencerlo²⁹. Después de este grave atentado se redactaron una serie de tratados y convenios en Europa en defensa de los derechos humanos.

Pero de alguna forma el resto del mundo todavía era víctima de esta falta de reconocimiento. Paradójicamente esos países fueron invadidos, conquistados y sometidos por las enormes y desarrolladas naciones europeas. La historia se repetía esta vez en los otros continentes. Tuvieron que pasar décadas de constante lucha para conseguir el reconocimiento de sus derechos.

En la India por ejemplo, en 1915, el ilustre abogado *Mahatma Gandhi*³⁰ conducía protestas con la convicción de que todas las personas tenemos derechos, no solo los europeos, con su activismo convenció a varios personajes europeos como Irwin³¹ (1931), con los que realizó pactos y convenios favorables para los sometidos y abusados de su nación y de alguna manera del mundo entero.

Después de la Segunda Guerra Mundial que se había librado violentamente desde 1939 hasta 1945, donde las fuerzas de Hitler extinguieron a la mitad de los

conquista se convirtieron en las mayores operaciones militares conocidas hasta ese momento en Europa, involucrando a un número de soldados jamás visto en los ejércitos de la época. Sin embargo, otros lo estiman como un dictador tiránico cuyas guerras causaron la muerte de millones de personas, así como uno de los personajes más megalómanos y nefastos de todos los tiempos. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Napole%C3%B3n_Bonaparte Fecha de consulta: 06 agosto 2013.

²⁹ En: https://es.wikipedia.org/wiki/Napole%C3%B3n_Bonaparte fecha de consulta: 29 julio 2013.

³⁰ Desde 1918 figuró abiertamente al frente del movimiento nacionalista indio. Instauró métodos de lucha social novedosos como la huelga de hambre, y en sus programas rechazaba la lucha armada y predicaba la ajimsa (no violencia) como medio para resistir al dominio británico. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Mahatma_Gandhi fecha de consulta: 29 julio 2013.

³¹ En marzo de 1931 se estableció el pacto Gandhi-Irwin en donde el gobierno acordó liberar a todos los prisioneros políticos, a la vez que Gandhi acordó continuar la desobediencia civil y participar como el único representante del Partido del Congreso en la segunda Conferencia, la cual se realizó en Londres en septiembre de 1931. En: <http://www.timerime.com/es/evento/1830878/Pacto+Ghandi-Irwin/> fecha de consulta: 29 julio 2013.

judíos de la Tierra, en campos de concentración *nazis*, el mundo entero lloró lágrimas de sangre y sintió como nunca antes la necesidad de normar los derechos humanos, fue algo desastroso:

Al aproximarse el fin, las ciudades de toda Europa y Asia yacían en ruinas humeantes. Millones de personas murieron, millones más quedaron sin hogar o morían de hambre. Las fuerzas rusas se acercaban, rodeando los restos de la resistencia alemana en la bombardeada capital de Alemania, Berlín. En el Pacífico, los infantes de Marina de Estados Unidos todavía estaban luchando con las fuerzas japonesas atrincheradas en islas como Okinawa.³²

Finalmente en abril de 1945, delegados de cincuenta naciones se reunieron en San Francisco, llenos de optimismo y esperanza con el objeto de crear un organismo internacional para promover la paz y evitar futuras guerras³³, su propósito básico era: “Reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y en el valor de la persona humana”³⁴, y así nacieron las Naciones Unidas.

El Acta Constitutiva de la nueva organización de las Naciones Unidas entró en vigencia el 24 de octubre de 1945, fecha que se celebra cada año como Día de las Naciones Unidas.

Es así como en 1946 la comisión de las Naciones Unidas presidida por *Eleanor Roosevelt*, discute y finalmente aprueba en 1948 la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, con la que el concepto francés de “derechos naturales” se convierte finalmente en “Derechos Humanos”, mismos que hoy en día son conocidos en todas las naciones del planeta.

³² En: <http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/brief-history/the-united-nations.html> fecha de consulta: 03 abril 2013.

³³ En: <http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html> fecha de consulta: 03 abril 2013.

³⁴ Documental. 2009. *La Historia de los Derechos Humanos*. DVD. United for Human Rights.

3.2. Definición constitucional y alcance del derecho de libertad.

Siguiendo esta línea de derechos humanos nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad se refiere al derecho de libertad de las personas, este se encuentra reconocido y garantizado en la Constitución de la República, y para comprender de mejor manera la presunción de inocencia, tenemos que referirnos a la libertad. La libertad, que es sin duda un elemento esencial de la naturaleza del ser humano y es uno de los atributos más nobles del mismo, de tal modo que es de vital importancia en las relaciones de los hombres con sus semejantes. El derecho constitucional a la libertad, es un derecho que debe ser preservado para cualquier persona, a pesar de que muchas de las veces se ve limitado por el cometimiento de una infracción penal, esa limitación está respaldada por una serie de garantías que señala la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y las leyes, especialmente el Código de Procedimiento Penal.

Pero para poder definir un derecho constitucional es importante diferenciar y no confundir lo que son derechos humanos con derechos constitucionales o fundamentales. Aunque generalmente los derechos humanos se suelen recoger dentro de los derechos constitucionales, no siempre coinciden. Se tiene que consultar los catálogos constitucionales de los estados para determinar qué derechos lo son; Y, más bien para muchos entendidos el concepto de "derechos humanos" pertenece al ámbito de la filosofía del derecho.

La relación entre ambos conceptos ha sido estudiada por numerosos autores y tiene varias concepciones tanto que inclusive genera cierta discusión jurídica que no vamos a ventilar. En todo caso, entre los que reconocen la virtualidad del concepto

de derechos humanos, las teorías *iusnaturalistas*³⁵ consideran que la existencia de los derechos humanos es independiente de su reconocimiento como derechos constitucionales. Para algunos autores, como *Francisco Laporta*, existiría un pequeño número de derechos humanos básicos, de los que se derivarían los derechos constitucionales más concretos³⁶.

Por su parte, para las teorías *dualistas*³⁷ –las que otorgan importancia tanto al fundamento moral de los derechos como a su positivación– los conceptos de derechos humanos y derechos constitucionales tendrían un contenido equivalente.

Luigi Ferrajoli, considera, en su teoría del garantismo jurídico³⁸, que, siendo los derechos constitucionales los reconocidos en la carta fundamental de los estados, los derechos humanos son aquellos que se reconocen a todos, independientemente de su ciudadanía y su capacidad de obrar³⁹: para explicar esta tesis de mejor manera, supongamos (como efectivamente ocurre) la Constitución de un país que puede otorgar derechos a sus ciudadanos que no abarquen a los extranjeros de ese país (ejemplo: el derecho al sufragio). En ese caso se trataría de

³⁵El iusnaturalismo o derecho natural es una teoría ética con un enfoque filosófico, (especialmente en el derecho) que postula la existencia de derechos del hombre fundados o determinados en la naturaleza humana, universales, anteriores y superiores (o independientes) al ordenamiento jurídico positivo y al Derecho fundado en la costumbre o Derecho consuetudinario. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_natural fecha de consulta: 06 agosto 2013.

³⁶ Laporta, F. 1989. *Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo*. En Victoria Camps. *Historia de la ética, t. III, La ética contemporánea*. Barcelona. Editorial Crítica. P. 293.

³⁷ El dualismo es una propuesta metodológica para el estudio de los derechos. El modelo dualista es denominado así por tomar en consideración dos perspectivas de los derechos a la hora de concebirlos y justificarlos: la ética y la jurídica. En este sentido, reúne a aquellas posiciones que vienen a afirmar que toda reflexión sobre los derechos, que quiera ser capaz de dar cuenta de éstos en su integridad, deberá integrar razones éticas y jurídicas. Dicho de otra manera, el discurso de los derechos se desenvuelve tanto en el ámbito ético como en el jurídico. En: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/9396/1/concepcion_asis_2008.pdf fecha de consulta: 06 agosto 2013.

³⁸ Carbonelli, M. y P. Salazar. 2005. *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid. Trotta.

³⁹ Ferrajoli, L. 2004. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Pp. 871 y ss.

derechos constitucionales que se reconocen al ciudadano, pero no podrían ser derechos humanos si no se reconoce a todas las personas independientemente de su condición.

Como damos cuenta con los mencionados antecedentes, en Latinoamérica ha venido creciendo una corriente de reconocimiento de derechos que han sido recogidas por las Constituciones de los países de la región, siendo el Ecuador uno de los mejores ejemplos de este auge que en su Constitución del 2008 reconoce y exhorta a proteger como fin principal del Estado los tan mencionados derechos de sus ciudadanos e inclusive va más allá y reconoce derechos a la naturaleza (Pacha Mama). En ese sentido la Constitución de Montecristi establece, como ninguna otra en nuestra historia republicana, setenta y cuatro artículos que reconocen derechos, que a su vez expanden su alcance con sus varios numerales y literales (Ávila, 2013, p. 205); De igual manera establece garantías tendientes a la protección y promoción de todos los derechos.

3.2.1. El derecho de libertad en el Ecuador.

En la Constitución vigente se refleja el derecho de libertad que hemos acentuado en líneas anteriores, en plural como los “derechos de libertad”, tomando en cuenta su ramificación, que son enumerados en el artículo 66; Recordemos que anteriormente en la Constitución de 1998 se los denominaba derechos civiles.

Estos reconocen y garantizan la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, la integridad personal, la igualdad formal, igualdad material y la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión y expresión del pensamiento, el derecho a la rectificación de afirmaciones inexactas en

los medios de comunicación, la libertad de conciencia y de religión, el derecho a tomar decisiones libres sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, la reserva sobre sus convicciones, la objeción de conciencia, el derecho a asociarse en forma libre y voluntaria, a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, la libertad de iniciativa económica, libertad de trabajo, el derecho al honor y al buen nombre, a la protección de datos de carácter personal, a la intimidad personal y familiar; a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia, a la inviolabilidad de domicilio, el derecho a dirigir quejas y peticiones, a participar en la vida cultural de la comunidad, a disponer de bienes y servicios de calidad, a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental, a vivir en un ambiente sano y el derecho a la identidad.

Entre los derechos de libertad también se incluyen los artículos referentes a los distintos tipos de familias (Art. 67), la definición de matrimonio (Art. 67 inciso segundo), de unión de hecho (Art. 68) y las normas de protección de los derechos de los integrantes de la familia (Art. 69).

Una de las innovaciones más importantes de la nueva Constitución es la clasificación de los derechos. De hecho, en la Constitución de la República 2008 los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que mencionaba nuestra anterior Ley primera son reemplazados por los derechos del “Buen Vivir” ubicados en su Título II Capítulo Segundo desde el artículo 12 hasta el artículo 34; los civiles, como ya se dijo, por los “derechos de libertad” (Art. 66 hasta Art. 70), los colectivos por los “derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades” (Art. 56 al Art. 60), los

políticos por los “derechos de participación” (Art. 61 al Art. 65), los derechos del debido proceso por los “derechos de protección” (Art. 75 al Art. 82); y los derechos de los grupos vulnerables por los “derechos de las personas y los grupos de atención prioritaria” (Art. 35 al Art. 55).

Consideramos necesario en este punto recordar que la Constitución Política de 1979 señalaba que el Ecuador es un Estado de Derecho; en la Constitución Política de 1998 el artículo 1 decía en la parte pertinente: “El Ecuador es un Estado Social de Derecho...” en cambio la Constitución de Montecristi declara en su artículo primero “El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”. Lo que genera en nosotros la pregunta: ¿Por qué se incluye tal definición en este artículo sobre la naturaleza del Estado, dejando de lado las definiciones anteriores de 1979 y de 1998 de “Estado de Derecho” y “Estado Social de Derecho”? Y la respuesta es que se intenta superar la noción del Estado de Derecho, es decir que se ha dejado en el pasado la connotación de que la sociedad se rige por el derecho vigente desde una visión positivista y más bien coloca directamente lo “constitucional” como centro del acuerdo jurídico político de la sociedad y única inmediatamente “de derechos”.

Nótese que es en plural “de derechos”, que nos da cuenta que el Estado es garante de ellos. En suma, se trata de dar más fuerza a la relación entre el Estado y la sociedad profundizando la vigencia y garantía de derechos. Como vemos nuestro país se encuentra en una etapa de transición donde se persigue alcanzar que los derechos de los ciudadanos estén por sobre toda norma positivada.

3.3. La presunción de inocencia como definición constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico la presunción de inocencia es una de las garantías básicas del debido proceso. Nuestra ley fundamental en su artículo 76, numeral 2 define este principio de la siguiente manera:

Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada⁴⁰.

El principio de inocencia o presunción de inocencia es un principio jurídico penal que establece la inocencia de la persona como regla. Solamente a través de un proceso judicial o juicio justo en el que se demuestre la culpabilidad de la persona, podrá el Estado aplicarle una pena o sanción.

Si atendemos a una definición literal vemos que la palabra 'presunción' consiste en un juicio, en virtud del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas de la experiencia, que indican el modo normal como sucede o se mantiene algo. Es admitir que ese juicio es indiscutible, aunque no se encuentre probado. Por lo tanto si esta presunción es de inocencia pues será una guía para la valoración de las pruebas, de tal modo que estas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o del hecho presumible, y solo en el último de los casos se romperá esta presunción con la demostración de lo contrario que es la culpabilidad.

Guardando estricta relación con lo prescrito en nuestra Constitución, a nivel internacional en el ámbito de los derechos humanos la presunción de inocencia es

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76, numeral 2. En: (Asamblea Constituyente). 2008. *Constitución de la República del Ecuador. Incluye las reformas Aprobadas en el Referéndum y Consulta Popular de 7 de mayo de 2011*. Montecristi. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional del Ecuador. P. 56.

una garantía consagrada en varios cuerpos normativos, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 11.1 dice:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público, en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa [...].⁴¹

Además en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Ecuador como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en el artículo 8.2 prescribe:

Garantías judiciales [...] Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...].⁴²

Como es evidente exponer, nuestra legislación penal también norma dicho principio. Veamos lo que señala el Código de Procedimiento Penal en su artículo 4: “Todo procesado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”⁴³.

Después de recordar un concepto básico del debido proceso penal, seguidamente expondremos en detalle y de una manera más amplia los diferentes principios rectores del derecho procesal que se desprenden del amplio derecho de libertad para el respectivo análisis de la propuesta penal estudiada.

Es ahora donde tratamos de ilustrar de forma general como se desarrolla el proceso penal en el Ecuador, tomando en cuenta el debido proceso y por supuesto la presunción de inocencia, lo que nos permitirá posteriormente analizar desde el punto

⁴¹ Artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> fecha de consulta: 13 enero 2014.

⁴² Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm fecha de consulta: 13 enero 2014.

⁴³ Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. *Código de Procedimiento Penal*. Quito. Talleres Corporación de Estudios y Publicaciones. P. 002.

de vista de los derechos el primer enriquecimiento privado no justificado que nos ofrecieron para su incorporación en el derecho penal nacional.

3.4. El proceso penal en el Ecuador y la presunción de inocencia.

En el Ecuador el proceso penal se encuentra determinado en la ley por etapas en las que se establecen actos propios que dan lugar a la siguiente de una manera cronológica, mencionemos rápidamente el esquema básico:

Existe en el procedimiento una primera parte denominada indagación previa, la cual no es una etapa propia del proceso penal sino como su nombre lo indica es una fase de investigación preliminar en la que el fiscal, apoyado por la policía judicial o técnica especializada en alguna cuestión delictiva, realizan todas las investigaciones pertinentes y respectivas al caso que se está tratando. Es por eso que en esta fase es indispensable la colaboración y el aporte profesional de los peritos que son expertos en temas específicos referentes a la naturaleza del juicio que permitan al fiscal esclarecer los hechos sucedidos para determinar la existencia de un delito así como la vinculación de los sospechosos con este. En términos generales esta fase pre-procesal no puede durar más de un año.

Resulta redundante mencionar que las etapas procesales penales en el Ecuador son cuatro:

La Instrucción Fiscal: Esta etapa se inicia (y por ende un proceso penal) a través de una Audiencia de Formulación de Cargos, la misma que es oral, acorde al principio constitucional de la oralidad. Dicha audiencia se realiza ante el juez de garantías penales, y el fiscal está obligado a llevar todos los elementos que le ayuden a esclarecer el hecho; Es decir, la existencia del delito y también los

participantes en el mismo. En esta audiencia el campo investigativo se reduce única y exclusivamente a las personas que han sido procesadas, o lo que es lo mismo, los sospechosos pasan a ser procesados. Esta etapa puede durar máximo 90 días.

La Etapa Intermedia: Se conforma por la Audiencia de Sustanciación de Dictamen o llamada también Preparatoria de Juicio (nombre que ha entrado en discusión por juristas seguidores del garantismo penal, puesto que en esta audiencia no necesariamente se prepararía un juicio en el caso de que el dictamen sea abstentivo). Aquí el juez analiza principalmente dos aspectos: Primero, si existe alguna cuestión que invalide el proceso que se ha generado, y segundo, el dictamen por parte del fiscal que de igual manera se realiza de forma oral y que puede ser acusatorio o abstentivo. Si en el caso existe dictamen acusatorio, el juez emitirá un auto denominado Auto de Llamamiento a Juicio, mientras que si el dictamen fiscal es abstentivo el juez deberá emitir un Auto de Sobreseimiento, mismo que puede ser provisional o definitivo, tanto para el proceso como para el procesado.

Etapa de Juicio: Conformada por la Audiencia Oral y Pública de Juzgamiento, en la cual se realiza la valoración de la prueba, es decir la práctica de la misma. En palabras comunes diremos que es en esta audiencia donde se debe realizar y/o validar todas y cada una de las pruebas con los peritos especializados así como con los testimonios de las personas que ha servido de testigos en el juicio.

Luego de esta etapa de juicio, el juez dictará sentencia, que bien puede ser ratificatoria de inocencia (que es el fiel cumplimiento de la presunción de inocencia, por eso se ratifica ese estado) o condenatoria, caso en que el juez impondrá al procesado una pena de acuerdo al código penal ecuatoriano.

Etapa de Impugnación: Sin embargo existe la impugnación como cuarta etapa procesal, en la cual el recurrente, que puede ser el denunciante como el denunciado, puede hacer efectivo el derecho de utilizar varios recursos jurídicos a su favor, mismos que pueden ser por ejemplo el recurso de Apelación o el de Casación. Vale decir que para cada uno de estos, la ley establece requisitos específicos que deben ser cumplidos, so pena de inadmitirlos.

3.5. Supremacía Constitucional.

Es necesario también perpetuar que nuestro ordenamiento jurídico se rige a la Constitución, parte de ella y para su cumplimiento. El Título IX de la Constitución, específicamente en su capítulo Primero prescribe la supremacía constitucional, veamos lo que reza su artículo 424:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público⁴⁴.

Como establece claramente este texto, cuyo enfoque es estrictamente mandativo, se deduce con plena certeza que el ámbito e imperio de la Constitución de la República es el que prevalecerá siempre sobre cualquier otra norma jurídica y por lo tanto es deber de todos nosotros los ciudadanos cumplir y hacer cumplir este mandato soberano, pues: personas, autoridades e instituciones estamos sujetos a

⁴⁴ Artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador. En: (Asamblea Constituyente). 2008. *Constitución de la República del Ecuador. Incluye las reformas Aprobadas en el Referéndum y Consulta Popular de 7 de mayo de 2011*. Montecristi. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional del Ecuador. P. 191.

ella⁴⁵, aquí aparece la necesidad jurídica de la observancia plena, estricta y adecuada de todos y cada uno de los preceptos constitucionales.

Concomitantemente de lo dicho se desprende la armonía que deben tener las demás normas con ella y por supuesto la legitimidad de los actos del poder público. Además hay que mencionar que por el mismo mandato constitucional los preceptos jurídicos que reconozcan con mayor eficacia los derechos y garantías inherentes al ser humano prescrito en Tratados Internacionales estarán por encima de la legislación nacional y gozan de rango constitucional.

El artículo 425 de la Norma constitucional establece de esta manera el orden jerárquico normativo: La Constitución; los Tratados y Convenios Internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos⁴⁶. De igual manera recordemos que la Constitución garantiza y protege el pleno goce de los derechos fundamentales, en cuanto establece y manda que estos derechos sean de inmediato cumplimiento y aplicación⁴⁷.

3.6. El debido proceso.

Dentro de todo proceso judicial o administrativo se debe tener estricto respeto al debido proceso y sus garantías básicas⁴⁸. El debido proceso en el que se incluye la presunción de inocencia, es el conjunto de actuaciones que deben desarrollar los

⁴⁵ Artículo 426, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador. En: (Asamblea Constituyente). 2008. *Constitución de la República del Ecuador. Incluye las reformas Aprobadas en el Referéndum y Consulta Popular de 7 de mayo de 2011*. Montecristi. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional del Ecuador. P. 191.

⁴⁶ Artículo 425, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador. *Ibídem*. P. 191.

⁴⁷ Artículo 426, inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador. *Ibídem*. P. 191.

⁴⁸ Artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. *Ibídem*. P. 56.

sujetos procesales, en donde es necesario, respetar al máximo las formas propias de las ritualidades o formalidades que exige la ley; Así, esto es un pedal de freno contra la posible arbitrariedad de las actuaciones jurisdiccionales convirtiéndose de esta manera en una garantía para el ciudadano en un Estado constitucional de derechos y justicia; Siendo menester mencionar en este punto, que el debido proceso es el derecho fundamental que contiene el más alto número de garantías de todas las consagradas en nuestra Constitución.

Así, el debido proceso en el Ecuador comprende una serie de garantías con las cuales se busca proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas a actuaciones de orden judicial y administrativo sujetando a reglas mínimas sustantivas y procesales el desarrollo de estas actuaciones que son ejercidas por las autoridades competentes.

El artículo 76 de la Constitución en sus 7 numerales y este último con sus 13 literales menciona un total de 19 garantías básicas que aseguran el cumplimiento de este derecho, las mismas que abarcan:

- El cumplimiento de las normas y los derechos de las partes,
- La presunción de inocencia,
- El derecho a no ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado (principio de legalidad).
- La invalidez y carencia de eficacia probatoria de pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o la ley,
- Los principios *favor rei e indubio pro reo*,
- El principio de proporcionalidad de la pena,

-El derecho a la defensa, que a su vez incluye que: Nadie podrá ser privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento; Contar con el tiempo y los medios suficientes para preparar su defensa; Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; Publicidad, salvando excepciones que prevea la ley; A que nadie puede ser interrogado sin la presencia de un abogado y solo en los recintos autorizados; Ser asistido gratuitamente por un traductor en el caso de requerirlo; Ser asistido por un abogado sin restringir el acceso ni la comunicación libre y privada con el mismo; Presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra; El principio *ne bis in idem* o *no bis in dem*; La obligatoriedad de testigos y peritos de comparecer ante el juez a responder al respectivo interrogatorio; Ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente; Que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas; Y el principio de doble conforme.

De este modo, salvaguarda la primacía del principio de legalidad e igualdad, así como realiza efectivamente el derecho de acceso a la administración de justicia, sustento básico y esencial de una sociedad democrática.

Con todo esto diremos que el debido proceso tiene por objeto proteger a los ciudadanos de posibles abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino de las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses de aquellos: Constituye un límite material al posible ejercicio abusivo del Estado; y, las garantías establecidas en este, aseguran a la persona sometida a cualquier proceso una cumplida administración de justicia, una verdadera seguridad jurídica y por supuesto una fundamentación conforme a derecho de las resoluciones judiciales que a ellas las afecten.

Hacemos hincapié, como queda indicado, en una de estas garantías, la presunción de inocencia, de la cual deviene el principio de que nadie puede ser penado sin juicio previo⁴⁹, de ello se colige que existe un derecho constitucional a permanecer en libertad mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada, en este sentido hay que recalcar que sólo este acto jurisdiccional, debería cambiar la situación jurídica de una persona procesada o acusada.

3.7. La carga de la prueba.

Veamos ahora un tema muy trabajado en la ciencia del Derecho, el de la carga probatoria. Conocida como *onus probandi*, es un principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho en el juicio. Recordemos que el fundamento del *onus probandi* radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba". Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (*affirmanti incumbit probatio*: a quien afirma, incumbe la prueba). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que el trabajo jurídico de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad (el que afirma poseer una nueva verdad sobre un tema).

Las aplicaciones del *onus probandi* se manifiesta en diversas ramas del Derecho, por ejemplo: En el Derecho civil se manifiesta principalmente en la prueba de la existencia de una obligación que corresponde al acreedor y en la prueba de la extinción de la obligación que corresponde al deudor; En el Derecho tributario, en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá

⁴⁹ Artículo 76, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador. En: (Asamblea Constituyente). 2008. *Constitución de la República del Ecuador. Incluye las reformas Aprobadas en el Referéndum y Consulta Popular de 7 de mayo de 2011*. Montecristi. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional del Ecuador. P. 56.

probar los hechos constitutivos del mismo. En el Derecho laboral, en los casos de despido la carga de la prueba recae tanto en el trabajador, quien tiene que probar que las causas del despido lesionan sus derechos, y también en el empleador quien debe acreditar que las causas de despido fueron justas.

En el Derecho procesal se dice que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión (Teoría de Michelli - Teoría de la Carga de la Prueba según el efecto jurídico perseguido por las partes); asimismo, dichos presupuestos deben estar contemplados en la norma con la finalidad de que sean de aplicación en el proceso mismo. En caso contrario, la misma no se le aplicará, quedando sin sustento su pretensión o defensa (Teoría de Rosemberg - Teoría Normativa).

Por último en el Derecho penal el *onus probandi* es la base de la presunción de inocencia de cualquier sistema jurídico que respete los derechos humanos. Como hemos sido reiterativos esto es, que de toda persona se presume su inocencia hasta que en derecho se demuestre su culpabilidad. Entonces aplicando el *onus probandi* podríamos decir que a pesar de que esta es una presunción que admite prueba en contrario, lo relevante es que quien acusa es quien tiene que demostrar la acusación, por lo que el acusado no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte.

Hasta aquí parece estar todo claro, pero adentrémonos un poco más en el asunto. Por un lado una parte de la doctrina indica lo sugerido, como el conocido profesor penalista José García Falconí menciona respecto del tema:

“...La carga de la prueba le corresponde al Estado, esto es a la parte que acusa, por lo que el procesado no está obligado a probar que es inocente, sino que esto le corresponde a la parte acusadora, y en el caso de los delitos de acción pública a la Fiscalía, sin perjuicio de que los sujetos procesales también puedan ejercer su iniciativa probatoria, a fin de buscar el

esclarecimiento de los hechos o elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del procesado...”⁵⁰.

Sin embargo otros juristas como Percy Chocano Núñez sostienen una postura mucho más amplia al hablar de la determinación de la carga probatoria. Chocano indica que no puede ser predeterminada por la ley, sino que su distribución se debe basar en dos principios, el principio ontológico y el principio lógico:

El primero determinaría la carga de la prueba sobre la base de la naturaleza de las cosas de modo tal que se presumen determinados hechos sobre la base de las cualidades que generalmente tienen las personas, cosas o fenómenos y en consecuencia debe probarse lo contrario; por ejemplo, refiriéndonos al principio considerado en este trabajo, si se presume la inocencia de las personas es porque estas generalmente no cometen delitos y en consecuencia lo extraordinario será que sí los cometan, siendo lo extraordinario lo que debe probarse frente a lo ordinario, que es lo que se presume.

En el principio lógico, por su parte, consideraríamos que es más fácil probar las afirmaciones positivas que las afirmaciones negativas, de modo tal que quien hace una afirmación positiva tiene que probar frente al que hace una afirmación negativa (proponer lo contrario es lo que se denomina prueba inquisitorial o prueba diabólica). Ello implica que en realidad la carga de la prueba no le corresponde a quien afirma un hecho, sino a quien se encuentra en mejor capacidad para probar. A lo que añade el estudioso que, de haber una contradicción entre el principio ontológico y el principio lógico, debe preferirse el primero.

⁵⁰ García, J. 2009. *El derecho constitucional a la presunción de inocencia y la prisión preventiva en el Ecuador*. Tesis para la obtención del grado de Magister. Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador. Área de Derecho-Programa de Maestría en Derecho Constitucional. Quito. P. 16.

Como damos cuenta al respecto el tema de la carga probatoria penal resulta ser muy amplio que en sí lleva una discusión teorizante; más es menester definir nuestro afín pensamiento con la postura del estudioso Percy Chocano Núñez. Por lo que de acuerdo a las características propias de cada proceso se establecería la carga probatoria y aunque generalmente corresponde al que acusa, en el proceso penal como veremos más adelante, existen casos puntuales como en los delitos económicos, o en delitos contra la naturaleza, y en otros más, en los que la carga probatoria podría invertirse. Con estas líneas nuestro propósito es ilustrar al lector que, efectivamente el procedimiento penal, en situaciones específicas se sostiene en la inversión de la carga de prueba para sustentar un fallo.

3.8. Inversión de la carga de la prueba.

Veamos pues ahora, una vez identificada la inversión de la carga probatoria como procedimiento existente en situaciones delimitadas ¿Por qué se invierte? y ¿Cuándo se invierte la carga probatoria?, además esto ¿Se contrapone a la presunción de inocencia y consecuentemente al debido proceso? Veamos:

Comenzaremos revisando las presunciones legales para poder llegar a una cosmovisión adecuada. Estas son de dos tipos: *IURIS ET DE JURE* y *IURIS TANTUM*; siendo la primera calificación aplicada tradicionalmente a las presunciones absolutas contra las cuales no cabe prueba en contrario, etimológicamente esta dicción nos indica un juicio o decisión con derecho, o con la razón; La segunda calificación es aplicada a la presunción contra la cual sí se admite prueba en contrario, etimológicamente indica un juicio o decisión por el del tanto o cuanto (refiriéndose a lo que se demostró en juicio y en el grado en que se demostró).

Entonces recapitulemos: La inversión de la carga de la prueba ocurre en los casos de presunciones legales "*iuris tantum*". El principio "*iuris tantum*" tiene que ver con la prueba de los actos jurídicos. Existen pruebas ciertas y presunciones de prueba, y, respecto de éstas últimas, la presunción "*iuris tantum*" significa que se presume la existencia de un determinado acto jurídico, pero puede existir una prueba que determine lo contrario, es decir, un determinado acto jurídico existe, mientras no se pruebe lo contrario, a diferencia de la presunción "*iuris et de iure*" que no admite prueba en contrario.

IURIS ET DE JURE: No se admite prueba en contra.

IURIS TANTUM: Invierte la carga de la prueba de tal forma que el que está favorecido queda liberado.

Estas clasificaciones han sido, controvertidas, en cuanto que las presunciones *iuris et de jure* son más que presunciones verdaderas declaraciones legales; y las *iuris tantum*, son o bien un desplazamiento de la carga de la prueba, o una dispensa de prueba a favor de una parte, acompañada de una denegación de la prueba respecto de la otra.

No obstante lo anterior, cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario o *iuris tantum*, ésta podrá dirigirse tanto a probar la existencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, según el caso. De este orden de ideas resulta nuestra posición en cuanto a la innegable inversión de la carga probatoria en el proyecto denominado enriquecimiento privado no justificado.

En el *iuris tantum*, las presunciones legales tienen su origen en una ley y dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

Estamos claros entonces que existe a manera de excepción un procedimiento en el que se puede recurrir a la inversión de la carga probatoria para determinar responsabilidad penal, esto es importante para dilucidar un punto de vista en cuanto a la discusión de la vulneración o no de la presunción de inocencia en este texto pre normativo.

Capítulo IV.

CRÍTICA AL NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

En este capítulo nos proponemos ilustrar todo el proceso desarrollado hasta hoy en cuanto, ahora sí, a la tipificación del enriquecimiento privado no justificado, lo que nos permitirá entender la transformación normativa que ha tenido el tipo penal estudiado, haciendo énfasis como motivo de análisis las causas jurídicas que ha considerado el legislador desde la propuesta del ejecutivo hasta su última reforma previo a su ineludible tipificación por mandato popular. De esta manera iniciamos la segunda parte de este trabajo que se dedica exclusivamente a su transformación tipológica.

Hagamos memoria entonces de lo que ha acontecido en este proceso de creación normativa en cuanto a su propuesta, modificaciones y resultado. Comencemos con la tan criticada propuesta, a la que ya aludimos en líneas anteriores:

4.1. Análisis del artículo 248 del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, propuesto por el gobierno.

Nuevamente veamos cuál era la propuesta del gobierno, en el proyecto de COIP en su sección Tercera respecto de las infracciones contra la administración tributaria:

Artículo 248.- Enriquecimiento privado no justificado.- La persona que no siendo funcionario público incrementa su patrimonio **sin que pueda justificarse tal incremento** con ingresos percibidos y declarados al Servicio de Rentas Internas por efecto del desempeño de una actividad no prohibida por la Ley, será sancionado de acuerdo a las siguientes reglas:

Si el incremento patrimonial es inferior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a nueve años y multa de cincuenta a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Si el incremento del patrimonio es superior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de once a quince años y multa de cien a doscientas remuneraciones básicas del trabajador privado en general.

Si el incremento del patrimonio es mayor a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a once años y multa de cincuenta a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Si el incremento del patrimonio es igual o mayor a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años y multa de veinte a cincuenta remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

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

Para la configuración de este tipo penal se considerará únicamente aquellas declaraciones superiores a la base establecida para la obligación de presentar declaración patrimonial.

Serán comisados los instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento de la infracción (énfasis añadido).⁵¹

Podemos apreciar lo discutible que se tornó esta primera propuesta penal, a nuestro humilde criterio se promocionó erróneamente como una forma de sancionar el enriquecimiento ilícito; la corrupción; el narcotráfico; el lavado de activos; el peculado; el tráfico de personas, armas, estupefacientes; evasión o fraude tributario y más delitos. Esto sin considerar que todos ya se encontraban en el Código Penal vigente y tienen sus propias sanciones.

Si esto es así, entonces la pregunta que surgió en su momento para esta primera propuesta fue ¿Qué persigue este “delito”? Efectivamente ahora sí

⁵¹ Presidencia de la República. 2011. *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, para discusión y análisis de la Asamblea Nacional*. Quito. Documento no publicado. P. 91.

asentimos que este tiene características como la inversión de la carga de la prueba, cuando su texto disponía: “...incremente su patrimonio sin que pueda justificarse tal incremento...” pues ciertamente obliga al ciudadano a probar su inocencia, sin embargo lo que si rescatamos y dedicaremos líneas futuras es a verificar si esto hubiese sido inaplicable en nuestro ordenamiento jurídico; Por otra parte siempre se evidenció una carencia o falta de claridad en cuanto al bien jurídico protegido ya que la protección del patrimonio de terceros, así como la protección a bienes del Estado (delitos tributarios) existe ya en tipos penales vigentes; De la misma manera no se expresa con claridad la acción sancionadora, pues lo que ofreció el texto fue simplemente determinar una escala de sanciones, que valga añadir también estuvo totalmente desproporcionada e incoherente. Representemos esto en un cuadro:

ACCIÓN SANCIONADORA EN EL ARTÍCULO 248 DEL PROYECTO DE COIP PROPUESTO POR EL EJECUTIVO.		
Escala De Incremento Patrimonial Injustificado	Penas	Multa
Menor a 200 RBU	7 a 9 años	50 a 100 RBU
Superior a 200 RBU	11 a 15 años	100 a 200 RBU
Superior a 100 RBU	7 a 11 años	50 a 100 RBU
Igual o Superior a 100 RBU	5 a 7 años	20 a 50 RBU

Fijémonos que la primera y la tercera fila de nuestro cuadro se contradicen pues si el incremento es inferior a 200 RBU, también es superior a 100 RBU para lo cual el rango de la pena varía en 2 años; Además estas dos filas también contradicen a la cuarta, con una pena diferente (5 a 7 años) y también una multa distinta (20 a 50 RBU).

4.1.1. La limitación de la prueba.

Debemos referirnos también que el artículo limitó a uno solo los medios de prueba. Solo los ingresos declarados al SRI serían, decía, aceptados como justificación válida de los ingresos, de lo que se desprende otra interrogante válida: ¿Qué hubiese pasado con las personas que reciben o entregan voluntariamente y sin ningún respaldo de la transacción, bienes o dineros a sus familiares o amigos sea aquí o desde el exterior? Y las consecuencias hubiesen sido desastrosas, simplemente en esta situación estas personas hubiesen adecuado su conducta a este delito, lo que se en estricto derecho se deriva en responsabilidad penal y consecuentemente las sanciones establecidas en el mismo, simplemente insostenible.

Como vimos, en el art. 248 de este proyecto penal del ejecutivo las posibilidades de defensa se agotaron al obligar al acusado a poner sobre la mesa sus declaraciones y justificativos de sus bienes. Este textualmente indica que adecúa su conducta a este delito la persona que "...incrementa su patrimonio sin que pueda justificarse tal incremento con ingresos percibidos y declarados al Servicio de Rentas Internas...". Es decir, la única prueba valedera hubiese sido las declaraciones al SRI, lo que reduce *ipso facto* los medios de prueba de la defensa a uno solo, si esta propuesta hubiese alcanzado sus fines, las cárceles se hubiesen llenado de gente solo por no declarar sus impuestos.

Además si los proponentes hubiesen sido más cautos en su proyecto hubiesen concluido que, si del caso se desprende de que ya se sancionó esta conducta previamente en esfera tributaria, se corría el riesgo de vulnerar el derecho

de las personas a no ser juzgadas dos veces por los mismos hechos o el *nom bis in ídem*. Esto es: no declarar sus impuestos al SRI conforme lo determina la legislación tributaria nacional y el consecuente enriquecimiento privado no justificado (sanción tributaria, sanción penal); Todo esto, para nosotros siempre convirtieron a esta figura en extraña e inaplicable que en buena hora no tuvo la acogida legislativa requerida para convertirla en ley.

4.1.2. La motivación del juez.

Sabemos que la motivación se embarca en un rol dentro del marco de una democracia constitucional. En este sentido la motivación judicial en sí es un conjunto de razones y/o argumentos mediante los cuales el Juez, a través de su sentencia, explica y da a conocer su decisión sobre un determinado caso. La palabra clave para nosotros será entonces: “explicación”, esa que el Estado está obligado a darnos por medio del juzgador imparcial de tal o cual fallo. Las funciones de esta motivación judicial adquieren una diversidad de enfoques, tal es así que si el juez pretende dar una explicación constitucional de su decisión, ésta debería mantener esa misma línea, de tal forma que el hilo argumentativo sea de común entender para todos los ciudadanos. Recordemos asimismo, que éstas, según la doctrina seguida, atienden a una diversidad de efectos dentro y fuera del proceso, por lo que una motivación judicial marcará siempre la diferencia entre seguridad e inseguridad jurídica en una sociedad, mucho más en tipos delictivos tan discutidos como el analizado.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen suficientes disposiciones que muestran la necesidad y exigen el cumplimiento de la motivación judicial como garantía constitucional dentro de todo proceso, veamos:

El artículo 76 número 7 letra l) de la Constitución, dispone en su parte pertinente:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

El artículo 130 número 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala:

“Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.

El artículo 108 número 8 ibídem, dispone:

“Infracciones graves.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión, por las siguientes infracciones: (...) 8. No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República.

La reiteración de estas faltas por tres ocasiones en un período de un año, será motivo de destitución”.

Y otras disposiciones más que por obvias razones no transcribiremos (para profundizar estudios personales los lectores pueden revisar los correspondientes cuerpos legales aquí sugeridos). Tenemos artículos como: del 275 al 302 del Código de Procedimiento Civil; y los artículos 306, 309, 312, 325.1, 328.1, 330, 336, 337, 344, 345, 352, 354, 358, 362, 367, 373, 380, 382, 427, 428 del Código de Procedimiento Penal, entre otras disposiciones.

En fin, la motivación de la sentencia constituye la parte medular donde el juzgador da las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo, como el producto de la construcción de la premisa mayor y menor del silogismo judicial creado y de la

actividad de subsumir los hechos concretos en el supuesto abstracto de la norma, actividades intelectuales éstas que deben constar en el cuerpo de la decisión, y ello se realiza a través de las argumentaciones de hecho y de derecho que explican las razones que tuvo el juzgador para acoger o no la pretensión.

En definitiva, la parte dispositiva del fallo debe ser el producto de una motivación, donde se explique las razones de la actividad intelectual del juzgador para la construcción de las premisas y la determinación de la consecuencia jurídica.

Carnelutti señala al respecto:

“La motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente, para que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva (...) la motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado”.

En nuestro ordenamiento jurídico una resolución no se motiva con la simple interpretación del derecho, pues la misma actualmente, es un proceso mental que exterioriza un proceso intelectual, que impone al juez pronunciarse de alguna determinada manera.

En el cuadro siguiente tratamos de ilustrar, sin creernos jueces desde luego, las consecuencias inevitables del juzgamiento de acuerdo al análisis de categorías dogmáticas para describir lo obvio que hubiese el fallo y consecuentemente la condena, en esta pésima propuesta original, de lo cual se desprenden consecuencias que en su momento no previó el sugerente.

Para ello recordamos que dentro de la Teoría del delito, siguiendo ahora a la escuela finalista, desde la perspectiva del concepto analítico de delito, este se encuentra constituido por tres elementos: tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad. En otras palabras, según este el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable;

Donde cada categoría dogmática tiene sus propios elementos que le van dando contenido material al injusto, como bien sabemos.

Imaginemos el proceso: Una persona natural está siendo acusada por el cometimiento de este delito, que hipotéticamente se encuentra vigente para nuestro ejemplo. Si además esta persona no ha demostrado ser inimputable, entonces tendríamos un resultado similar al que sigue:

CATEGORÍAS DOGMÁTICAS DEL ART. 248 PROYECTO COIP- DELITO DE ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO, SEGÚN NUESTRA OPTICA.					
CATEGORÍA DOGMÁTICA	NUESTRA DEFINICIÓN	DEMOSTRACIÓN.		CONCLUSIÓN.	POSIBLE SENTENCIA.
TIPICIDAD	Adecuación del hecho al artículo 248 del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal propuesto (hipotéticamente la figura descrita en la ley).	Elementos constitutivos del TIPO OBJETIVO.	SUJETO ACTIVO: El actor del hecho calificado como persona que realiza actividades privadas.	Por las razones expuestas el juzgador considera que se encuentran probados los elementos del tipo objetivo.	Configuradas todas las categorías dogmáticas, se declara probada la existencia del delito.
			SUJETO PASIVO: El Estado (al no percibir tributos por no ser declarados por el procesado al SRI).		
			OBJETO: Esto es el medio que evidencia el riesgo o peligro para el bien jurídico que se protege. En este caso: Incrementar el patrimonio sin declarar al SRI.		
			CONDUCTA: Constituida por el verbo rector: Injustificar, No justificar el incremento patrimonial.		
			ELEMENTOS: -Normativo: Inexistencia de autorización legal para abstenerse a declarar ingresos al SRI. -Valorativo: Consentimiento de esta omisión.		
			CONOCIMIENTO: En actividades de índole personal resulta		Se analiza autoría y participación del acusado en el ilícito.

		Elementos Subjetivos.	relativamente fácil probar su conocimiento (de la norma y de sus obligaciones). VOLUNTAD: De la misma forma por tratarse de actividades controladas, resulta fácil demostrar la voluntad de desvirtuar ese control estatal.	El juzgador considera que se encuentran probados los elementos del tipo penal subjetivo.	
ANTI JURICIDAD	Acción u omisión que contraviene a Derecho.	FORMAL: Desvalor de acción. Para este tipo penal no existe ninguna causal de justificación MATERIAL: Desvalor de resultado. Sumamente improbable que se pueda desvirtuar "la acción peligrosa" que pone en riesgo el bien jurídico protegido.		Se encuentran configurados los presupuestos de la categoría dogmática de la antijuricidad.	
CULPABILIDAD	Ocurrencias del fuero interno y circunstancias del mundo exterior al momento de la consumación del delito.	JUICIO DE REPROCHE (ESCUELA FINALISTA).	ELEMENTOS: -Sobre la imputabilidad: No ha demostrado ser inimputable. -Sobre la conciencia actual o potencial de la antijuricidad: El acusado tiene pleno conocimiento de la obligación de declarar al SRI sus ingresos. Tampoco existe error de prohibición o de tipo. -Sobre la exigibilidad de otra conducta: Es evidente que en el caso que nos ocupa sí le es exigible otra conducta al acusado. La de haber declarado sus ingresos al fisco.	Se declara comprobada la categoría dogmática de la culpabilidad.	SENTENCIA CONDENATORIA.

4.1.3. La carga de la prueba en delitos económicos.

Ahora, como expresamos anteriormente para sustentar la posición que defendemos en cuanto a la supuesta vulneración a la presunción de inocencia por la inversión de la carga probatoria en el texto estudiado hablaremos un poco de los delitos económicos y nos referimos de esta forma básicamente a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera ya sea esta en el sector público como en el privado.

Es menester desde este punto de vista entender que sí existen casos puntuales en la justicia penal que es válida la inversión probatoria para determinar verdades jurídicas que den luz a sus fallos.

Revisemos brevemente la regulación normativa, haciendo énfasis en el proceso penal referente a estos ilícitos, con el afán de ilustrar lo mencionado y de esta manera ser justos e imparciales analizando las causas posibles de aplicación tipológica propuesta. De esta manera comparemos y verifiquemos si se puede considerar como un delito económico, el propuesto enriquecimiento privado no justificado, como salvedad para su aplicación en relación a la forma descrita para revertir la prueba, de tal modo daremos cuenta si el mencionado delito se encuadra a este grupo bien definido en nuestra legislación penal y consecuentemente deducir si es aplicable dicha inversión de la carga probatoria como pretendía el texto.

4.1.4. Algunos de los delitos económicos más comunes en el Ecuador.

Adentrémonos brevemente a esta clase de delitos. Veamos lo que dice nuestro Código Penal, respecto del tema:

Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, **en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.** La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional... (Énfasis mío)⁵².

Entonces bien, vamos a revisar unos pocos, los más comunes de los delitos de cuello blanco para desmenuzar el respectivo procedimiento penal. Por ejemplo⁵³:

-Peculado: Generalmente el término peculado se usa para expresar la idea de apropiación de fondos pertenecientes a la administración pública, realizada por el encargado de administrarlos. Carrara, lo distingue entre peculado propio e impropio, define al primero diciendo que “es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual en razón de él le había sido entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla”; mientras que el peculado impropio, indica que es un delito contra la propiedad, como por ejemplo el hurto de cosa pública, cometido por persona extraña a su administración.

-Desfalco: Hablamos de desfalco en cambio, cuando el ilícito lo comete un ciudadano al robarle a su empleador; nótese que el peculado es la malversación de fondos públicos por personas con cargos de confianza en la organización encargada de administrar tales fondos, este es una apropiación indebida de bienes o dinero por

⁵² Artículo 257 del Código Penal ecuatoriano.

⁵³ Tesis RAMIREZ Torres, Francisco: Los Delitos Económicos en los Negocios, Nicaragua, s.e., 1990. p.33.

parte de la persona que tenía su custodia. Es un tipo de fraude financiero pudiendo ser de caudales privados, como entre un empleado y su patrón, o de caudales públicos.

-Malversación de fondos: En suma la utilización ilegal del dinero o bienes ajenos o del estado en cosas diferentes a las que iban destinados, generalmente en beneficio propio.

Sin duda alguna el común denominador en estos delitos es la apropiación ilegal de lo ajeno, llámese esto dinero o bienes, generalmente perjudicando al Estado aunque también se deduce entre particulares. Ahora los invito a realizar una comparación válida referente a la carga probatoria.

4.1.5. Comparación de la propuesta con los delitos económicos.

En cada uno de los delitos económicos o financieros existe como en todo asunto penal un procedimiento que debe cumplirse so pena de causar nulidad procesal; Este, en estos casos tiene una particularidad al momento de ejercer pruebas.

Tomemos pues el caso del peculado, la forma más adecuada para llegar a la verdad jurídica será incorporando a los autos los diferentes balances, respaldos y justificativos de la cosa custodiada. Esta documentación como es obvio decir está en manos del procesado, de esta manera en este caso particular necesariamente existe una inversión de la carga de la prueba, toda vez que el imputado probará que no cometió ese delito con los respectivos documentos incorporados al juicio. Es decir, el acusado, al estar en una mejor posición de probar, debe hacerlo. Recordemos que según la doctrina revisada en el acápite 3.8 de nuestro trabajo si es posible realizar

aquello. Recapacitemos también que esta será la única forma de incorporar prueba valedera al juicio por lo que en estos casos se vuelve necesaria la inversión de la carga probatoria.

Así como este ejemplo existen otros en la legislación ecuatoriana penal, más por seguir la línea de lo propuesto y no desviarnos del enriquecimiento privado no justificado, nos quedaremos con este (peculado) para continuar la comparación.

Si en el peculado el bien jurídico protegido son los dineros ya sea del Estado o de un privado; En el enriquecimiento privado no justificado también son los dineros de terceros es decir de otro particular. La conducta sancionada será entonces la apropiación de estos dineros y el incremento injustificado del patrimonio, respectivamente, lo que nos permite deducir que son delitos complementarios, pues si un individuo se apropia ilegalmente de dinero ajeno su patrimonio aumentará sin una justificación legal; Por lo que a nuestro pensar, estamos frente a dos delitos económicos o financieros y consecuentemente de aquello nosotros nos inclinamos a pensar que en esta propuesta sí hubiese sido viable una inversión de la carga probatoria.

Entonces ¿El enriquecimiento privado no justificado es un delito económico? Efectivamente creemos que el enriquecimiento privado no justificado es un delito económico. Analizando el bien jurídico protegido no cabe la menor duda. Siendo un poco más explícitos podemos referirnos a que la propuesta de enriquecimiento privado no justificado reza: “La persona que no siendo funcionario público incrementa su patrimonio sin que pueda justificarse tal incremento con ingresos percibidos y declarados al Servicio de Rentas Internas...”. Entonces es preciso decir que la carga

probatoria recae sobre el procesado al justificar ese mencionado incremento. Lo que no es ajeno a esta clase de delitos.

Ahora bien, sentada ya nuestro punto de vista recordemos que uno de los argumentos de la oposición para la creación de este delito fue la inversión de la carga de la prueba al mencionar que ésta siempre tiene que recaer sobre el acusador que en estos casos de acción pública es el Estado a través de la fiscalía y por ende, para aquel argumento tal inversión “vulnera” la presunción de inocencia que la debemos entender en este punto como el derecho del imputado de no hacer prueba. Manifestación con la que no estamos de acuerdo.

Por lo tanto, siendo consecuentes con nuestra posición queda de más indicar que para nosotros se derrumba dicho argumento, pues al tratarse de un delito económico el procedimiento penal permite que se invierta dicha carga en pro de la administración de justicia.

Sin embargo existen otros puntos reprochados que para nosotros impedirían su aplicación, como la limitación de la prueba o la desproporcionalidad de la pena, temas de los cuales ya inquirimos.

4.2. Informe para primer debate Proyecto Código Orgánico Integral Penal.

Bien, continuando con este camino de análisis y una vez ya debatiéndose en el legislativo la iniciativa referida, esta función de Estado también nos ha dado, por más de dos años, varias sorpresas que resultaron no tan agradables a la luz del Derecho, hay que decirlo. En esta primera revisión de la propuesta legislativa, básicamente lo que la comisión respectiva hace es un análisis a manera general de todo el catálogo. Realiza dicho estudio por partes que específicamente son 4: La

estructura del proyecto; El libro primero (de la infracción penal); El libro segundo (del procedimiento); Y, El libro tercero (de la ejecución y medidas socioeducativas). Haciendo énfasis en los puntos críticos generados del debate, dentro de los cuales se encuentra la tipología estudiada en este trabajo.

Después de, según este informe, 39 sesiones, 11 foros nacionales y 28 comisiones generales, la comisión legislativa delegada, en sesión del día 13 de junio del 2012 aprobó el Informe para Primer Debate⁵⁴, misma que en su parte pertinente para nuestro asunto, manifiesta: "...En el caso del enriquecimiento privado, se ha elaborado el tipo de tal manera que no se revierta la carga de la prueba que lo tornaría inaplicable..."⁵⁵. Es decir que para esta comisión la primera propuesta sí vulneraba la Constitución y la ley vigente así como normas internacionales sobre derechos humanos, específicamente la presunción de inocencia.

4.3. Análisis del artículo 306 del Borrador Segundo Debate Código Orgánico Integral Penal de la Asamblea Nacional.

Posteriormente de estas observaciones la mencionada comisión modificó y nos entrega el texto del borrador para segundo debate de este catálogo penal y que a continuación se detalla en la Sección Quinta referente a los delitos contra el régimen de desarrollo:

Artículo 306.- Enriquecimiento privado no justificado.- La persona que obtuviere para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, **incremento patrimonial no originado en una actividad lícita**, será sancionada de la siguiente manera:

⁵⁴ Asamblea Nacional de la República del Ecuador- Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. 2012. Informe para Primer Debate- Código Orgánico Integral Penal. Quito. Documento no publicado. P. 1. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_03.pdf fecha de consulta: 29 agosto 2013.

⁵⁵ Ibídem P. 32.

1. Si el incremento del patrimonio es de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, con pena privativa de libertad de uno a tres años y multa del doble del aumento no justificado.

2. Si el incremento patrimonial es de doscientos a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general, con pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa del triple del aumento no justificado.

3. Si el incremento del patrimonio es mayor a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general, con pena privativa de libertad de cinco a siete años y multa del cuádruple del aumento no justificado.

Serán comisados los, instrumentos productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento del delito⁵⁶(Énfasis mío).

Y aquí comenzamos indicando las sorpresas a las que nos referimos: Vemos que tras varias discusiones y análisis por parte de la comisión y subcomisiones de la Asamblea Nacional se ha incorporado un tipo penal, para nosotros nuevamente obscuro y completamente falto de lógica necesaria para su creación, que a pesar de modificar de una manera proporcionalmente aceptable la acción sancionadora del tipo, no tiene el sentido original de la propuesta gubernamental, es decir no es lo que el mandante se manifestó en las urnas. Vale decir que esto sí es muy grave pues damos por hecho que de esta manera si se vulnera la Constitución al no obedecer su voluntad soberana. Y, más bien es un *paráfrasis* del articulado denominado enriquecimiento ilícito como veremos, por lo que nos atrevemos a decir que después de tanta ofuscación, el legislador aun sabiendo desde el principio lo que se venía con el solo hecho de proponer como delito autónomo un medio delictivo, trata ahora de enmendar el ambiguo y anti técnico neo delito propuesto gubernamentalmente y consentido por el mandante.

⁵⁶ Asamblea Nacional de la República del Ecuador- Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. 2012. *Borrador Segundo Debate- Código Orgánico Integral Penal*. Quito. Documento no publicado. P. 120.

Con el nuevo artículo cabe preguntar, que si se quería sancionar el incremento patrimonial que se origina en una actividad ilícita o, lo que es lo mismo, no se origina en una actividad lícita, acaso ¿no es suficiente con el delito de enriquecimiento ilícito? Desde luego que tenemos en claro que la diferencia entre estos dos delitos gira en torno del agente que en el uno es privado y en el otro un funcionario público, sin embargo nuestra objeción es en el sentido tipológico en torno al bien jurídico protegido que es la razón de ser del derecho penal.

De aquí que siendo cautelosos notamos que el artículo 306 del proyecto para segundo debate omite la propuesta original del tipo en la parte que dice “la persona que no siendo funcionario público...”, esto es, prácticamente aniquila toda diferencia que existía con el enriquecimiento ilícito y prácticamente vienen a ser lo mismo. Recordemos que aquel regula actividades económicas del sector público y la propuesta del gobierno en un primer momento alcanzaba únicamente a actividades económicas privadas, como todos lo sabemos, pero en la nueva reforma no se aclara este punto, por lo que ahora hablaríamos solamente de un enriquecimiento no justificado y ya no del original enriquecimiento “privado” no justificado.

Nos preguntamos con respecto a estas dos formas ilícitas de enriquecerse (no justificado e ilícito) ¿No dicen lo mismo en su parte conductual?

Comparemos los tipos de conducta que se quiere sancionar en este con el que ya se encuentra en nuestra legislación penal tipificado como enriquecimiento ilícito. Es más consideremos tanto el Código Penal vigente y el mismo borrador 2do del COIP, para exponer esta barbaridad jurídica:

El enriquecimiento privado no justificado reformado en la asamblea:

Artículo 306.- Enriquecimiento privado no justificado.- La persona que obtuviere para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, **incremento patrimonial no originado en una actividad lícita**, será sancionada de la siguiente manera [...]. (Énfasis mío).

El enriquecimiento ilícito en el Código Penal vigente:

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.⁵⁷ (Énfasis mío)

El enriquecimiento ilícito en el borrador para segundo debate del COIP:

Artículo 291.- Enriquecimiento ilícito.- Las servidoras y los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, de las enumeradas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un **incremento patrimonial injustificado** a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de un uso abusivo o fraudulento de su cargo o función, [...]”⁵⁸ (Énfasis mío).

Como vemos es evidente que estamos frente a dos tipos penales que son iguales, que sancionan la misma conducta (enriquecerse al margen de la ley) y defienden el mismo bien jurídico (el patrimonio económico de terceros), con una salvedad: el proyecto deja la puerta abierta para la interpretación de, si su alcance incluye los sectores público y privado o solamente al privado.

Hubiese sido menos especulativo reformar la tipología del enriquecimiento ilícito, para con esto incorporar como sujeto activo del delito a personas que ejercen

⁵⁷ Art. innumerado siguiente al Art. 296 (sustituido por Ley No. 47, publicada en Registro Oficial 422 de 28 de Septiembre del 2001.) Del Código Penal ecuatoriano.

⁵⁸ Asamblea Nacional de la República del Ecuador- Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. 2012. Borrador Segundo Debate- Código Orgánico Integral Penal. Quito. Documento no publicado. P. 116.

actividades privadas antes que crear una nueva figura jurídica que en su esencia tienen el mismo fin y sancionan la misma conducta con penas distintas, o en palabras más sencillas dicen lo mismo de una manera sutilmente diferente.

El artículo 306 del texto de propuesta legislativa indica que adecúa su conducta a este delito la persona que obtenga un “incremento patrimonial no originado en una actividad lícita”. De lo que se colige que sería sobreabundar en un tipo penal conocido.

Vemos que este artículo omite las declaraciones al SRI como método probatorio de responsabilidad, pero en cambio nos entrega un texto totalmente ambiguo y falto de necesidad de su creación, toda vez que se describe la conducta de un delito existente, aplicable y en vigencia plena.

4.3.1. Enriquecimiento privado no justificado y enriquecimiento ilícito.

Semejanzas y Diferencias.

Veamos pues a lo que nos referimos detalladamente, comparemos estas dos figuras:

CUADRO DE SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE LA PARTE CONDUCTUAL DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA REFORMA DE ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO DEL BORRADOR PARA SEGUNDO DEBATE DEL COIP.	
Semejanzas	Diferencias
<ul style="list-style-type: none"> - Conducta sancionada: Incremento patrimonial injustificado. - Bien jurídico protegido: patrimonio (dinero, bienes) de terceros. -Sujeto activo: funcionario o servidor público. 	- (ilícito) Sujeto Activo: solo funcionario o servidor público.
	-(no justificado) Sujeto Activo: toda persona, no hace distinción.

Como vemos los dos tipos penales podrían confundirse y dejar a la completa discrecionalidad del juzgador su interpretación según las circunstancias propias de

cada proceso, sin embargo en esta situación, aplicando el principio de *favor rei* o principio pro reo, que protege al imputado en caso de conflicto de leyes, el juez debería aplicar la menos rigurosa para el reo y por ende descartar una de las dos sanciones. A esto nos referimos con el calificativo de “creación innecesaria del tipo”.

4.4. Análisis del artículo 297, texto definitivo incorporado al COIP.

4.4.1. Objeción parcial de la presidencia al proyecto de COIP de la Asamblea Nacional.

El artículo vetado elimina toda escala sancionadora para proponer una sola que es la más alta, pero recordemos que esta idea provino de ellos mismos y que esto es uno de los puntos que criticó desde el principio la academia, que como recordamos en ese tiempo el que propuesto lo defendía ciegamente y ahora lo refuta.

Es menester en este instante hacer un paréntesis para advertir al lector que siendo el proceso intensamente discutido en último tramo por la Asamblea para su aprobación en segundo debate, por la modificación misma de todo el COIP a razón de la eliminación de algunos de los artículos ordinalmente anteriores al 306, a éste texto terminó designándosele el número 297 del proyecto modificado por última vez por el parlamento. Por lo que en adelante nos referimos al mismo texto del delito de enriquecimiento privado no justificado por artículo 297 del proyecto de COIP y ya no más al 306.

Hecha la acotación, una vez enviado el proyecto de ley al Presidente de la República de conformidad al artículo 137 de la Constitución y al artículo 64 de la Ley

Orgánica de la Función Legislativa, el primer mandatario haciendo uso de sus facultades presenta su objeción o veto parcial a esta propuesta legislativa.

En este texto existieron 73 observaciones consideradas para modificar nuevamente la ley, entre las cuales, la observación XXV de su sanción indica sobre el artículo 297 del proyecto, como fundamento para su modificación, que:

"[...] En la consulta popular de mayo de 2011, el pueblo ecuatoriano decidió que esta conducta se debe tipificar en el Código Penal como delito, sin embargo es el legislador quien debe buscar la forma más adecuada para hacerlo. Esta clasificación no me parece correcta, por cuanto no existe una razón técnica para establecerla. En el enriquecimiento ilícito para funcionarios públicos tiene sentido realizar esta distinción, en virtud de que la Contraloría General del Estado, mediante un informe de auditoría puede establecer perfectamente que se ha dado un incremento en el patrimonio de un funcionario en razón de su cargo. Los recursos patrimoniales que se generan en el ámbito privado son de muy distinta naturaleza y por tanto no se podría determinar si efectivamente este incremento se dio de manera injustificada o a partir de alguna actividad ilícita; tanto más cuanto que, no existe una institución de control que determine si efectivamente ha existido o no este incremento patrimonial injustificado. Considero que se debe establecer una sanción para este delito y solo cuando este incremento es excesivo".

Por las razones anotadas la sugerencia del Presidente de la República fue la que sigue:

"Artículo 297.- Enriquecimiento privado no justificado.- La persona que obtenga para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, incremento patrimonial no justificado mayor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años."

Que efectivamente, después de que la Asamblea se allanara al veto presidencial, es el texto final que consta en el COIP y que con fecha lunes 10 de febrero del 2014 ha sido publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 180 con un período de *vacatio legis* de 180 días para su promulgación y vigencia.

Y así, después de este largo camino recorrido llegamos al delito que ha sido nuestro punto de reflexión en este trabajo, analicemos ahora su resultado final:

Si tomamos los argumentos esgrimidos desde Carondelet podemos concluir que el Presidente tiene, en parte razón al indicar que sería misión imposible poder determinar técnicamente la existencia de un incremento económico privado de estas características pues, como bien indica el Estado no cuenta con ninguna agencia especializada con la facultad de determinar si ha existido este incremento injustificado, peor aún determinar objetivamente la escala en la que se encuentra dicha infracción. Para ello sería necesaria la creación de una institución de alta calidad y confiabilidad, con capacidad de control privado y responsabilidad jurídica lo que conllevaría sin dudas a un incremento burocrático que se deriva en un alto costo estatal, por lo que es muy difícil este extremo control privado.

Pero si comparamos una vez más el resultado con la propuesta inicial del mismo (ver pág. 53) damos cuenta de que esta vez el argumento dice todo lo contrario, dos años después la propuesta que fue objeto de varias y acertadas críticas y que el gobierno defendió a capa y espada da un giro de ciento ochenta grados, se queja de una escala sancionadora que en su momento fue impulsada por el mismo objetante.

Por otro lado y aquí lo indefendible, que para el ejecutivo se debería sancionar este delito solo si este es excesivo. El artículo 297 menciona que solo será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años el incremento patrimonial no justificado mayor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, que en la actualidad (para cuantificar la idea) se posesiona en \$340, estamos hablando entonces de un incremento mayor a \$68000 lo que condiciona a este delito a perjuicios considerables, todo enriquecimiento injustificado

menor a esta cantidad, no será infracción. El mensaje es un tanto paradójico: Si te enriqueces al margen de la ley, debe ser hasta esta cantidad, de lo contrario serás encarcelado.

A la postre este delito como está redactado se convierte en un adorno guardado entre las líneas del COIP para que la gente que decidió en las urnas su creación no se sienta burlada pero que en la práctica no se lo va a regresar a mirar por su compleja adecuación tipológica.

Se sostiene que no se podría determinar esta actividad ilícita por la falta de recursos técnicos del Estado lo que dice mucho de una línea poco acertada en cuanto al asesoramiento desde el ejecutivo para la propuesta original pues el contraste y contradicción del primer proyecto y el resultado final lo dicen todo. No se hubiera perdido tanto tiempo en discusiones vanas al proponer desde el principio un delito que su determinación y sanción sea aplicable en la práctica.

De esto debemos preguntarnos ¿por qué se ha dedicado tanto tiempo en esta discusión si a la postre se colige desde el mismo proponente la falta de posibilidades de determinación adecuada de este? Para todo esto al final del día la solución es: no se puede sancionar tal conducta que propusimos por eso la reducimos y condicionamos a la más alta.

Pensemos; mientras más alto el perjuicio o cuantía del ilícito menos probable de judicializarla si sabemos que existen figuras jurídicas de ámbito civil para camuflar dichos incrementos, como donaciones, compraventas ficticias, herencias, etcétera, tal y como ocurre con el enriquecimiento ilícito. Esto evidentemente se deriva en menos responsabilidad jurisdiccional, pues con esta redacción menos casos se

judicializarán. Entonces es hora de preguntarnos si esa fue la solución a la que se refirió el gobierno ante la problemática de la corrupción a nivel privado. Definitivamente creemos que no. Esto resulta, como lo que en el primer siglo hizo el famoso *Pilatos*, se lavan las manos.

C. SECCIÓN CONCLUSIVA:

Capítulo V.

CONSECUENCIAS DE ESTA NORMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL Y EN LA SEGURIDAD JURÍDICA ECUATORIANA.

Discutido ya el asunto principal de este trabajo nos queda poner a consideración de ustedes nuestras reflexiones. Ahora nos enfocamos en responder la interrogante planteada en un principio y desde luego verificamos el cumplimiento de los objetivos propuestos para esta investigación.

5.1. Conclusiones.

Recordemos la interrogante que nos ha ocupado en este trabajo: ¿Después de todas sus reformas, el proyecto final del delito de enriquecimiento privado no justificado es genuinamente constitucional y necesario?

Reflexionemos entonces la respuesta. Es verdad que, el resultado final de este delito es constitucional. Como hemos visto se ha modificado su redacción de tal modo que nos han entregado un artículo similar a uno ya existente conocido como enriquecimiento ilícito en el Código Penal vigente con la salvedad de que en este último el agente es un funcionario público. Si se trata solamente de alegar esta pregunta diremos que efectivamente el articulado final es constitucional y su aplicabilidad no vulnera derechos de los ciudadanos. Sin embargo no creemos que

este sea el único punto de reflexión, al contrario, hemos invitado a las personas que siguen este cuaderno a meditar si la sociedad ecuatoriana realmente tuvo la necesidad de creación de un tipo penal como nos lo han ofrecido finalmente, es más si esta es la solución a la problemática de corrupción privada ofrecida y promovida en un principio.

En todo caso no nos queda sino abrir la puerta del análisis para que los lectores discernan esta interrogante, lo que estamos seguros, quedará sentado en futuros trabajos y consecuentemente reforzará las debilidades que hoy se encuentran en la legislación penal ecuatoriana. Esto por ende y a la postre se pone sobre el tapete para que las funciones ejecutiva y legislativa no cometa errores que pudieron haberse evitado, que desgasten su labor y desperdicien innecesariamente recursos del Estado en su creación.

Como vemos hemos cumplido nuestro objetivo principal que fue analizar la constitucionalidad del delito penal tipificado como enriquecimiento privado no justificado acorde a su necesidad fáctica de creación. Tomando en cuenta su largo estancamiento por más de dos años en la Asamblea Nacional, modificaciones que nos obligaron a detenernos y exponer estas situaciones de una manera crítica.

En cuanto a los objetivos secundarios, hemos identificado la evolución normativa de la creación de este tipo penal y la trascendencia de su resultado en la seguridad jurídica del país por supuesto. Identificamos las falencias tanto del artículo 248 del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal propuesto por el gobierno, así como del artículo 306 del Borrador Segundo Debate Código Orgánico Integral Penal de la Asamblea Nacional y por último el artículo definitivo 297 del COIP que entrará

en vigencia en mayo después de la *vacatio legis* de 180 días solicitada el 10 de febrero del 2014 día que fue inscrito en el Registro Oficial Suplemento N° 180.

De lo que concluimos que ninguna de estas propuestas cuenta con la más elemental visión de lo que en principio en la consulta popular se puso a consideración del mandante; Más bien ha hecho de este tema un despilfarro de recursos y una pérdida irreparable de tiempo que no se justifica en este ineficaz proceso de creación legal, que por supuesto pasa la factura al pueblo.

Evaluamos la eficacia jurídica del resultado final de esta propuesta normativa y posteriormente su aplicabilidad en el proceso penal ecuatoriano, pues sin duda alguna es constitucional, no vulnera derecho alguno y es aplicable. Discutible por su creación, pero aplicable al fin. Más si hablamos de una eficacia jurídica este delito nos queda debiendo como hemos sido enfáticos en el transcurso de este trabajo, cabe decir nosotros lo calificamos de ineficaz creación legal.

Y por último determinamos las principales consecuencias jurídicas de la aplicación de este nuevo artículo del Código Orgánico Integral Penal en la ventilación de procesos penales. Ya que como explicamos, para la propuesta inicial de gobierno las consecuencias jurídicas hubiesen sido desastrosas para el Estado si esta hubiese sido aprobada, tal cual fue presentada en un principio. En cuanto al artículo 297 que es el que tomó vida y el que en la actualidad nos interesa, también indicamos sin sorpresa que no existen consecuencias jurídicas negativas pero sí nos llevamos la desazón de que este artículo no va a pasar de ser letra muerta por su complicada adecuación al tipo y consecuente judicialización.

Iniciamos en una primera parte de este trabajo con la obligación de expresar que en la primera propuesta existió un total desconocimiento legal, doctrinario y con ello una falta de técnica jurídica para la elaboración de un articulado que podía haber marcado la diferencia entre seguridad e inseguridad jurídica en su aplicación, situación que, si se continuaba con este proyecto en la Asamblea, hubiese llevado en sus líneas y con millares surgir demandas, titánico lío hacia la Corte Constitucional de la República, máxima autoridad del Ecuador en esta materia, obligándola a decidir sobre su constitucionalidad.

Pero como ya quedó anotado, tratando de evitar estas consecuencias de una manera superficial el legislativo modificó la iniciativa del bloque de gobierno y nos entregó otra “joya” normativa, de la cual también hemos acentuado su error. Y por último volviendo en sí el proponente nos entrega un artículo que no va a ser para nada la solución a los problemas de corrupción a la que se refirió en consulta popular y después defendió tanto. Sin embargo somos enfáticos en decir que del resultado final no se puede hablar de consecuencias jurídicas negativas puesto que por no contraponerse de ninguna manera a la Constitución es absolutamente aplicable, claro está: que una norma exista positivada no quiere decir que sea necesaria para una sociedad, esto es: puede ser jurídicamente aceptable su creación, más éticamente fue innecesaria, todo resultó ser un parche que se bordó en el nuevo catálogo penal para cubrir el hueco heredado por el ejecutivo.

5.2. Recomendaciones.

Si partimos de la idea de que existieron varios conflictos puntuales en el proceso legislativo del COIP, no podemos dejar de opinar en breves términos sobre la totalidad del catálogo tomando en cuenta que nos delimitamos a un artículo con la intención de que nos dé una idea clara sobre la totalidad de la ley. Entonces al verificar la inconsistencia en algunos nudos críticos discutidos sin mayor necesidad de hacerlo llegaremos a las recomendaciones finales de este trabajo. Nos permitimos para esto compartir brevemente unos cuantos puntos de reflexión:

Sin lugar a dudas es acertada la iniciativa de agrupar en un solo cuerpo normativo todas las leyes penales existentes. Era un verdadero reto para el profesional litigante buscar y encontrar normas necesarias para sus defensas de entre decenas de leyes entre sustantivas, adjetivas, orgánicas y especiales. Con esta concentración de artículos se puede llegar a una optimización de tiempo y recursos para todos los actores jurídicos y para la misma función judicial, en este sentido estamos de acuerdo con la iniciativa gubernamental en cuanto a la creación del COIP. Sin embargo existen situaciones que han generado una serie de inconvenientes y críticas desde el punto de vista jurídico y que tarde o temprano tendrán que ser acogidas por el legislativo para mejorar el objetivo de este cuerpo penal que al final del día es contribuir firmemente para que el Ecuador sea esa sociedad más justa y segura que todos anhelamos.

Por ejemplo, de a poco se ha ido derrumbando, a través de la historia, la idea de que para que una sociedad disminuya sus índices delictivos había que elevar el

poder punitivo del Estado reflejado en el aumento de las penas. Por el contrario a nadie le resulta extraño que países considerados como modelos jurídicos han ajustado la competencia del derecho penal de tal forma que el aparataje estatal se ocupe de lo estrictamente necesario sin que se distraiga en conflictos sociales mínimos, que a la larga resultan impertinentes para la utilización del derecho penal.

Entonces ¿Por qué en pleno siglo XXI, en un Estado de derechos y justicia, este nuevo catálogo penal aumenta descomunalmente la tipología penal y las penas? Pues para nuestra humilde opinión se trata de la transición que existe en Latinoamérica queriendo llegar a ese “neoconstitucionalismo transformador” que nos describe Ramiro Ávila Santamaría en su obra del mismo nombre, pero aferrándose todavía a la coerción como medio para conseguirlo, la sola idea es contradictoria.

Por otro lado está la evidente forma de hacer política en el Ecuador, donde prima la desinformación, el *figure ismo*, la disputa sin sentido y el oportunismo de acuerdo a la posición de donde se esté en ese momento, olvidándose por completo de argumentos jurídicos.

Han existido debates y discusiones que no tienen razón de ser, que muy lejos de ser oportunidades para el consenso y la participación ciudadana en la creación de normas sociales, pasan a ser un desgaste innecesario y una ineficiencia legislativa, tan solo veamos unos pocos ejemplos:

Las manifestaciones por una supuesta despenalización del aborto consentido es una muestra de aquello, por un lado los grupos pro-vida y por otro los defensores de los derechos de la mujer han batallado unos contra otros, inclusive frente a la Asamblea Nacional. Dejando de lado (por ahora) el fondo de este debate y las

posiciones que pudieran surgir de aquel, lo cierto es que como asiente Ramiro García Falconí “en los últimos años no se ha procesado a una sola persona por el tipo penal de aborto consentido, pese a que de forma clandestina y precaria cientos de miles se practican anualmente⁵⁹”, entonces nos preguntamos ¿el futuro de los derechos humanos en el Ecuador dependen del debate y posiciones sociales ya sean moralistas o no, o dependerán del análisis y aportes doctrinarios basados en estadísticas y estudios de campo al respecto?

La tipificación del sicariato es otro ejemplo, ha generado noticia en los medios de comunicación y los asambleístas dan entrevistas y explicaciones vendiéndonos la idea de que han encontrado la cura para este mal que aqueja a nuestro país, lo que no se dice a la ciudadanía es que el sicariato, o sea el asesinato por pago o promesa existe desde aproximadamente cien años, esto es, incluso antes de los inicios del Código Penal vigente, solo que ahora tiene un membrete.

La discusión sobre la incorporación de la mala práctica profesional al libro sancionatorio también responde a la misma desinformación, ha generado rechazo en el gremio de los galenos, inclusive amenazaron al gobierno con una renuncia masiva. Pero damos cuenta que al final la algarabía pesa más que un debate serio, si revisamos la ley penal vigente hallamos similar situación en la que podrían ser procesados los facultativos por delitos ocasionados por la falta del deber objetivo de cuidado (culpa) para casos del ejercicio de la medicina, pues existe el homicidio culposo que contiene la misma pena que la propuesta discutida y también la lesión

⁵⁹ García, R. Lunes 25 noviembre 2013. *El debate penal en Ecuador*. Editorial. El Universo. Opinión. Columnistas. Quito. En: <http://www.eluniverso.com/opinion/2013/11/25/nota/1813886/debate-penal-ecuador> fecha de consulta 26 noviembre 2013.

culposa existe ya normada para el caso de que del ilícito no se derive muerte del paciente. Además la propuesta inquiera una mala práctica profesional que concierne no solo a los médicos sino a todas las profesiones que encuadren su conducta en este delito, en menor medida inclusive a nosotros los abogados.

Por último, en razón del espacio, siguiendo el patrón legislativo nacional debo referirme a la incorporación del delito de enriquecimiento privado no justificado al COIP y verificamos que se repite el patrón, lo que ha sido común denominador de esos novedosos tipos para sancionar acción u omisión.

Después de tanto tiempo, de tanta discusión, modificación y hasta griteríos de los padres de la patria, llegamos sin sorpresa alguna a la conclusión de que como en los casos expuestos anteriormente, no se ha inventado la varita mágica para combatir una conducta delictiva sino un abanico de opciones para que el juzgador elija con qué tipo penal será procesado el supuesto infractor. Por un lado tenemos el enriquecimiento privado no justificado y por otro el enriquecimiento ilícito, los dos sancionando la misma conducta y protegiendo el mismo bien jurídico. Claro dirán los lectores acertadamente, que el uno está dirigido a los privados y el otro a funcionarios públicos, pero a lo que nos referimos es que la creación de un artículo penal debe responder más allá de la división en grupos sociales en razón de sus actividades laborales, a la necesidad de sancionar conductas.

Vuelvo a plantear la interrogante ¿Un Código Penal con más tipos penales y más penas, dará como resultado más seguridad ciudadana? Definitivamente creemos que no, esa no es la solución.

De aquí que, viene a nuestro pensar la falta de conciencia profesional de nuestros representantes y por ende debates tan mediocres en temas legislativos en el país, que rayan en la desinformación, el desconocimiento y la mala fe.

Lo que es evidente para nosotros es que en este proceso los legisladores han pretendido convencernos de que la inclusión de nuevos tipos penales o la imposición de penas más severas a los ya existentes solucionarán el problema delincriminal como ya lo dijimos y eso las personas que nos formamos en derecho sabemos que no pasará.

Con esto tenemos como resultado un inminente y contradictorio COIP que por un lado deja detrás un código penal caduco que ha existido por más de setenta años, con delitos tan absurdos como la mendicidad o la vagancia; Pero por otro nos queda debiendo si lo comparamos con la doctrina internacional aplicada en países constitucionales como el nuestro. Teniendo una Constitución tan avanzada y rica en materia de derechos no podemos dejar de pensar que hemos desperdiciado una gran oportunidad para alcanzar un verdadero garantismo penal en el Ecuador.

El reto queda pendiente entonces para futuras reformas que será adecuar el derecho penal a la protección de derechos que exhorta nuestra Constitución, que como vemos esta vez no se ha podido realizar a cabalidad.

Pese a lo descrito la recomendación más importante, de hecho, en este tema creemos que la única que cambiará realmente la manera de hacer democracia en el país, es la inclusión de la academia, especialmente de juristas en la toma de decisiones en cuanto a la reforma legal del país, ya que testigos somos que en estos procesos los últimos que son consultados por temor a sus críticas son a los

estudiosos, que nos atrevemos a decir por conocimiento propio, los hay y de gran nivel en el Ecuador. Solo de esta manera se podrá en un futuro incorporar reformas adecuadas que se derivarán en normas más eficaces y completamente acordes a las necesidades reales de una sociedad como la nuestra.

Es nuestro afán que haya quedado claro el punto de vista inscrito, pues de eso se trata este trabajo, de reflejar nuestra posición en cuanto a la creación normativa de un delito que refleja la forma de legislar en el país sobre todo en temas que conllevan controversia social. Pese a ello estamos conscientes que hay y habrá opiniones en contrario que desde luego son muy respetables; Y, precisamente por eso es que nos sentimos contentos con las reflexiones expuestas, pues si aparecen puntos de vista distantes al nuestro, hemos cumplido nuestro cometido, que ha sido crear una discusión de altura que refleje, como ya dijimos, el alto compromiso de la academia en situaciones actuales dentro del campo jurídico y que por supuesto son relevantes en la seguridad jurídica nacional.

Muchas gracias.

Santiago Girón R.

BIBLIOGRAFÍA:

Fuentes Impresas:

- Alexy, Robert. 2008. *Teoría de los derechos fundamentales-traducción de Carlos Bernal Pulido*. Madrid. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales CEPC.
- (Asamblea Constituyente). 2008. *Constitución de la República del Ecuador. Incluye las reformas aprobadas en el referéndum y consulta popular de 7 de mayo de 2011*. Montecristi. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional del Ecuador.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador- Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. 2012. Borrador Segundo Debate- Código Orgánico Integral Penal. Quito. Documento no publicado.
- Ávila Santamaría, R. 2011. *El neoconstitucionalismo transformador El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito. Abya-Yala.
- Ávila, R. 2013. *La (In) justicia penal en la democracia constitucional de derechos- Una mirada desde el garantismo penal*. Quito. ISBN Colección Profesional Ecuatoriana.
- Barrena, A. 1994. Y otros. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México D. F. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Bernal Torres, C. 2000. *Metodología de la Investigación para Administración y Economía*. Santa Fe de Bogotá. Paerson Educación de Colombia.
- Cabanellas, G. 1992. *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. Buenos Aires. Heliasta S.R.L. 4ta ed. ampliada por Ana María Cabanellas.
- Cabanellas, G. 2003. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L.
- Carbonell, M. y P. Salazar. 2005. *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid. Trotta.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. 2009. *Código de Procedimiento Penal*. Quito. Talleres Corporación de Estudios y Publicaciones. P. 2.

- Documental. 2009. *La Historia de los Derechos Humanos*. DVD. United for Human Rights.
- Fazzalari, E. 1948. *Provvedimenti Cautelari, Enciclopedia del Diritto, tomo XXXVII*. Giuffrè, Milano. P. 841, citado por Giovanni Priori Posada en *La Tutela Cautela*.
- Ferrajoli, L. 2004. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrajoli, L. 2008. *Derecho penal mínimo y otros ensayos*. México. D.F. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes.
- García, J. 2009. *El Derecho Constitucional a la Presunción de Inocencia y a la Prisión Preventiva en el Ecuador*. Tesis para la obtención del grado de magister. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Programa de Maestría en Derecho Constitucional. Quito.
- Gutiérrez, A. 1992. *Métodos de Investigación*. Quito. Impresión Colegio Técnico Don Bosco, 4ta ed.
- Ingenieros, J. 2002. *El hombre mediocre*. Quito. Editorial Ecuador -Colección Antares.
- Instituto de Investigaciones Científicas y Tecnológicas. 2011. *Manual de estilo para escritura de textos técnicos de la Universidad Iberoamericana del Ecuador*. Quito. INCYT-UNIB.E. Documento no publicado.
- Laporta, F. 1989. *Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo. En Victoria Camps. Historia de la ética, t. III, La ética contemporánea*. Barcelona. Editorial Crítica.
- Maier, Julio. 1975. *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*. Córdoba. Lerner.
- Presidencia de la República. 2011. *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, para discusión y análisis de la Asamblea Nacional*. Quito. Documento no publicado.
- Presidencia de la República. 2014. Veto presidencial al COIP final. pdf. Documento no publicado.
- Priori, G. 2006. *La Tutela Cautelar*. Lima, ARA Editores.
- Ramírez, F. *Tesis: Los Delitos Económicos en los Negocios*. Nicaragua, s.e.1990.

-Vallejo, R. 2006. *Manual de Escritura Académica*. Quito. Corporación Editora Nacional.

- Zaffaroni, E. *La cuestión criminal*. 2011. Buenos Aires. Planeta.

Fuentes Virtuales:

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador-Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. 2012. Informe para Primer Debate-Código Orgánico Integral Penal. Quito. Documento no publicado. P. 1. En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_03.pdf fecha de consulta: 29 agosto 2013.

- Biografía del rey de Inglaterra Juan “Sin Tierra”. En: http://www.biografiasyvidas.com/biografia/j/juan_sintierra.htm Fecha de consulta: 07 agosto 2013.

- Código de Manu. En: <http://historiadelderecho2011.blogspot.com/2011/02/codigo-de-manu.html> fecha de consulta: 03 abril 2013.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: <http://www.equidadmujer.gov.co/Normativa/LeyesFavorables/Internacionales/Convencion-americana-DDHH.pdf> Fecha de consulta: 09 julio 2012.

- Correa Rafael. *Entrevista*. Por: Estefany Espín. CNN en español. Subido por priscialvarez1104 el 23/04/2011. En: <http://www.youtube.com/watch?feature=endscreen&NR=1&v=2UX2-4h77tg> fecha de consulta: 30 julio 2012.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. En: http://pactomundial.confiep.org.pe/facipub/upload/publicaciones/1/103/declaracion_universal_derechos_humanos.pdf Fecha de consulta: 09 julio 2012.

- García, J. 2010. *Principio de Inocencia y la Certeza*. Quito. En: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5629%3Aapresuncion-deinocenciaylacerteza&catid=52%3Aprocedimiento-penal&Itemid=134. Fecha de consulta: 06 julio 2012.

- García, R. Lunes 25 noviembre 2013. *El debate penal en Ecuador*. Editorial. El Universo. Opinión. Columnistas. Quito. En: <http://www.eluniverso.com/opinion/2013/11/25/nota/1813886/debate-penal-ecuador> fecha de consulta 26 noviembre 2013.

- Historia de la Religión. En: <http://www.historia-religiones.com.ar/la-reforma-de-lutero-82> fecha de consulta: 09 abril 2013.

- La Carta de Derechos (en inglés, Bill of Rights). En: http://es.wikipedia.org/wiki/Lista_de_Derechos_de_los_Estados_Unidos fecha de consulta: 03 abril 2013.

- La Carta Magna. En: <http://html.rincondelvago.com/carta-magna-de-juan-sin-tierra-de-inglaterra.html> fecha de consulta: 29 julio 2013.

- La Constitución de los Estados Unidos. En: http://www.cato.org/pubs/constitution/constitution_sp.html fecha de consulta: 29 julio 2013.

- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (en francés: Déclaration des droits de l'homme et du citoyen). En: [http://www.google.com.ec/?gws_rd=cr#sclient=psy-ab&q=la+Declaraci%C3%B3n+Francesa+de+los+Derechos+del+Hombre+y+de+los+Ciudadanos+\(1789\)%2](http://www.google.com.ec/?gws_rd=cr#sclient=psy-ab&q=la+Declaraci%C3%B3n+Francesa+de+los+Derechos+del+Hombre+y+de+los+Ciudadanos+(1789)%2) fecha de consulta: 29 julio 2013.

- La Petición de Derechos. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Petici%C3%B3n_de_Derechos fecha de consulta: 29 julio 2013.

- López, J. 2011. Quito. *La Presunción de Inocencia vs La Presunción de Peligrosidad*. En: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6256:la-presuncion-de-inocencia-vs-lapresunciondepeligrosidad&catid=50:derecho-penal&Itemid=420 Fecha de consulta: 08 julio 2012.

- Machado, A. *Caminante no hay camino*- Poema. En: <http://www.youtube.com/watch?v=w9KCTkPL74Y> Fecha de consulta: 04 enero 2014.

- Mahatma Gandhi. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Mahatma_Gandhi fecha de consulta: 29 julio 2013.

- Napoleón Bonaparte. En: http://es.wikipedia.org/wiki/Napole%C3%B3n_Bonaparte Fecha de consulta: 06 agosto 2013.

- ONU. 1948. *Declaración Universal sobre Derechos Humanos*. En: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> fecha de consulta: 03 abril 2013.

- Pacto Gandhi-Irwin. En: <http://www.timerime.com/es/evento/1830878/Pacto+Ghandi-Irwin/> fecha de consulta: 29 julio 2013.

- Página Oficial ONU. *Historia de los Derechos Humanos*. En: <http://www.humanrights.com/> fecha de consulta: 04 abril 2013.

- Popol-Vuh. *COIP estipula indagación a lucro privado*. El Telégrafo. Fecha de publicación: 20 octubre 2013. En: <http://www.telegrafo.com.ec/justicia/item/coip-estipula-indagacion-a-origen-de-lucro-privado.html> Fecha de consulta: 25 octubre 2013.

- *Presunción de Inocencia*. En: http://www.presunciondeinocencia.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=72:presuncion-de-inocencia&catid=42:presuncion-de-inocencia-&Itemid=100. Fecha de consulta: 07 julio 2012.

- Principio de Subsidiaridad penal. En: <http://espanol.answers.yahoo.com/question/index?qid=20081004135150AAHQBqS> fecha de consulta: 15 septiembre 2013.

- *Proyecto de Código Integral Penal*. En: http://www.cortenacional.gob.ec/cn/wwwcn/pdf/codigo_penal/proyecto_codigo_penal.pdf Fecha de consulta: 06 julio 2012.

- Raña, W. s/f. *Principio de Presunción de Inocencia*. En: http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/articulos/PPI_WRA.pdf fecha de consulta: 30 julio 2012.

- Registro Oficial No. 490. *Resultados de la consulta popular y referéndum del día 7 de mayo del 2011*. Publicación 13 de julio del 2011.

- Ríos, F. 2011. *Marco Teórico Jurídico en el Derecho de Admisión en el Ecuador*. Trabajo de Titulación. Universidad De Las Américas. Facultad de Derecho. Quito. En: <http://es.scribd.com/doc/48499347/TESIS>. Fecha de consulta: 08 julio 2012.

- Términos y Significados. En: http://diccionarios.elmundo.es/diccionarios/cgi/diccionario/lee_diccionario.html?busca=concilio&diccionario=1&submit=Buscar fecha de consulta: 29 julio 2013.