



UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA I CIENCIAS SOCIALES

**EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO EN
MATERIA PENAL. ¿ES DE ACCIÓN PÚBLICA O PRIVADA?**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PRESENTADA EN OPCIÓN PARA
OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA**

AUTOR: FERNANDO EFRAÍN CARBACA ALMEIDA

GUAYAQUIL – ECUADOR

2012

AGRADECIMIENTO

Sin dudarlo mi agradecimiento es para Dios quien me ha guiado por el camino correcto, sin El nada es posible. Gracias a él he culminado mi etapa universitaria y mi proyecto de investigación satisfactoriamente.

Mi sincero agradecimiento también es para mí tutor Msc. Ab. Otto Cevallos Mielles quien compartió sus conocimientos brindándome también todo su apoyo para la realización de este proyecto de investigación.

Fernando Carbaca Almeida

DEDICATORIA

A Dios, por estar ahí en los momentos de debilidad, de tristeza, por no dejarme abatir cuando todo ha estado perdido en ciertos momentos de la vida, por enseñarme que aún hay esperanza siempre al final del túnel...

A mi madre Gladys, por inculcarme siempre el valor del esfuerzo, del sacrificio, por confiar en mí a ciegas siempre, por demostrármelo siempre con tanto amor...

A mi esposa Silvia, por ser mi mano amiga, mi apoyo constante, por ser la palabra precisa, el hombro y cayado, el amor y amistad fundido en uno solo...

A mi hijo Fernando Damián, por enseñarme a descubrir un mundo nuevo lleno de amor y ternura, a darme fuerzas para seguir y esforzarme día a día...

A mi mentor legal Abogado Juvenal Cuadros Zambrano, por enseñarme día a día sus conocimientos en la praxis, a no negar su sabiduría jamás, a ser como un padre para mí...

A mi compadre y amigo Alfredo, por darme la oportunidad de colaborar con él, por darme la mano cuando más lo he necesitado, por brindar sus conocimientos sin dilaciones...

A mis amigos Xavier, Stefany y Jorge por ayudarme siempre en la elaboración de mi tesis con sus ideas y apoyo...

A los que siempre han confiado en mí a ojos cerrados, por no defraudarlos jamás...

A los incrédulos, porque me han dado la fuerza para demostrar que siempre he podido, y que siempre podré...

Fernando Carbaca Almeida

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Guayaquil, 24 de abril del 2012

El Egresado **FERNANDO EFRAÍN CARBACA ALMEIDA** declaro bajo juramento, que la autoría del presente trabajo, me corresponde totalmente y me responsabilizo con el criterio y opinión científica que en el mismo se declara, como producto de la investigación que he realizado.

De la misma forma, cedo mis derechos de autor a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y Normatividad Institucional vigente.

Firma: _____

Fernando Efraín Carbaca Almeida

**CERTIFICACIÓN DEL TUTOR / DIRECTOR DEL PROYECTO DE
INVESTIGACIÓN**

Guayaquil, 24 de abril del 2012

Certifico que el proyecto de investigación titulado “**EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO EN MATERIA PENAL. ¿ES DE ACCIÓN PÚBLICA O PRIVADA?**” ha sido elaborado por el señor **FERNANDO EFRAIN CARBACA ALMEIDA** bajo mi tutoría / dirección, y que el mismo reúne los requisitos para ser defendido ante tribunal examinador que se designe al efecto.

Firma: _____

Msc. Abg. Otto Cevallos Mieles

RESUMEN EJECUTIVO

El presente proyecto de investigación titulado **“EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO PRIVADO NO JUSTIFICADO EN MATERIA PENAL. ¿ES DE ACCIÓN PÚBLICA O PRIVADA?”**, es un proyecto de ardua investigación que trata de simplificar un poco más la problemática de esta tan trascendental propuesta, la cual se hizo realidad a través de una consulta popular electoral realizada en el año 2011.

Al tratarse de enriquecimiento privado, se ponía en disyuntiva si debía tratarse este nuevo delito al tipificarse en el Código Penal, en materia de acción pública o privada, ya que como es consabido, la acción pública es perseguida por el Estado, y mientras la privada es iniciada por una persona particular.

Sin ánimos de iniciar una polémica política ni mucho menos, nos centramos estrictamente en derecho, para poder visualizar el camino que el legislador y el Ejecutivo han querido darle como matices a este nuevo delito, que para muchos juristas atenta contra el derecho a la presunción de inocencia y es hasta a veces, por su naturaleza, inconstitucional.

La propuesta del proyecto es poder dilucidar el camino, el trazo para poder hacer efectivo este nuevo tipo penal, y que su debido proceso se encuentra normalmente trazado en lineamientos jurídicos determinables y técnicos.

ÍNDICE

Resumen Ejecutivo.....	I
Índice.....	II
Marco General de la Investigación.....	1

CAPÍTULO 1

Fundamentación Teórica - Antecedentes

Enriquecimiento Injustificado.....	5
Definición de Riqueza.....	6
Definición de Enriquecimiento.....	6
Definición de Lícito.....	6
Concepto del Enriquecimiento Injustificado o sin causa en diversos ordenamientos jurídicos	23
Definición de Delito.....	31
Definición de Delito de Acción Privada y Acción Pública.....	33

CAPÍTULO 2

Ámbito del Problema.....	36
La Carga de la Prueba.....	42
Violación del Derecho a la Presunción de Inocencia.....	45
Planteamiento del Problema.....	49
Delitos de Resultado.....	54

Delitos Autónomos.....	56
El incremento patrimonial no justificado como Delito Tributario.....	58
Inconstitucionalidad de la obligación formal de presentar la declaración patrimonial.....	58
Imposibilidad de exigir el pago del impuesto a la Renta proveniente de actos ilícitos.....	59
El enriquecimiento injustificado se fundamenta bajo el principio de culpabilidad	62
Las contradicciones de la Corte Constitucional	63
CAPÍTULO 3	
Análisis exegético al Proyecto de Tipificación del delito de Enriquecimiento Ilícito Privado no Justificado.....	65
CAPÍTULO 4	
Sustanciación del Proceso para el denominado Delito de Enriquecimiento Ilícito Privado no Justificado.....	78
CAPÍTULO 5	
Propuesta.....	118
Conclusiones y Recomendaciones.....	121
Bibliografía.....	124

MARCO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.-

Lograr la diferenciación entre el ámbito público o privado para la penalización del delito de enriquecimiento privado no justificado.

OBJETIVO GENERAL.-

Conceptualizar el delito de enriquecimiento privado no justificado, su tipificación dentro del ámbito público o privado.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.-

- Realizar el análisis doctrinario respectivo con relación al delito de enriquecimiento privado no justificado.
- Implementar medidas de criterio jurídico del porqué se debe penalizar este tipo de acciones.
- Comparar activamente legislación extranjera en cuanto al delito de enriquecimiento privado no justificado.
- Revisar los distintos mecanismos procesales que pueden ser canalizados para la tipificación del delito.

- Ejemplificar los diversos casos que podrían darse para una tipificación del delito de enriquecimiento privado no justificado.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.-

A más de poder contar con un criterio jurídico más amplio acerca de las nuevas leyes que van a imperar en nuestro país, es imperativo saber y hacer conocer el campo de acción en donde este nuevo delito será tipificado. Con este análisis podremos manifestar las diferentes vías en que el delito puede ser ubicado, ya sea de manera pública o privada.

HIPÓTESIS DEL TRABAJO.-

Aplicando los diferentes enunciados doctrinarios y las diferentes corrientes, en concordancia con nuestra legislación, podremos ubicar al delito del enriquecimiento privado no justificado ya sea de acción pública o privada.

BASES LEGALES.-

Este trabajo se sustenta principalmente, en base a las siguientes leyes:

- Constitución de la República del Ecuador
- Código Penal
- Código de Procedimiento Penal

- Código Civil

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.-

El diseño de la investigación será el cualitativo, en base a diseños de investigación-acción, investigación histórica y de estudio de casos.

TIPOS DE INVESTIGACIÓN.-

- La investigación se basará en diseños de investigación – acción, mediante la consulta de libros especializados en la materia, bibliografía concerniente, estudio exegético e histórico de articulados, ponencia y discernimiento de casos.
- También se elaborará estudios comparados con legislación foránea que tenga que ver con el estudio en sí de la tipificación del delito.

MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.-

- Se utilizara el método histórico lógico, conjuntamente con el analítico-sintético, a fin de determinar la verdad procesal.
- Por medio de doctrina especializada en área penal y procesal penal
- Diversos criterios de juristas a favor y en contra de la tipificación del delito del enriquecimiento privado no justificado

- Recopilación de datos de legislación extranjera acerca del delito en cuestión.

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS.-

Para la presentación de los datos, se realizarán resúmenes de los diferentes resultados obtenidos en la investigación realizada.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

ANTECEDENTES

ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

Debido a que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como muchos de los ordenamientos jurídicos derivados del derecho civil napoleónico no contempla una definición legal de esta figura jurídica, se intentará definirla desde la construcción doctrinaria, consecuentemente se determinará sus elementos esenciales. La metodología empleada para llegar a un concepto sobre el enriquecimiento injustificado se hará de acuerdo a un avance lógico progresivo, de menor a mayor, es decir, comenzamos desde la concepción común de los términos y al final estableceremos las definiciones más concretas.

Asimismo, es necesario mencionar que al enriquecimiento injustificado, generalmente se le atribuyen ciertos adjetivos como son: injusto, indebido, sin causa, torticero, sin justificación, ilícito, entre otras formas. Por esas consideraciones, es pertinente mencionar que la mayoría de los autores consultados, han optado por la denominación de “enriquecimiento injustificado” o “enriquecimiento sin causa”, sin que se haga otra mayor

distinción, además se los ha preferido frente a las demás denominaciones por considerarlas muy amplias o en desuso y por lo tanto que podrían causar confusión; mientras tanto las denominaciones de “injustificado” y “sin causa” sirven para precisar el propio contenido de la figura aquí tratada, tal como veremos en las definiciones a continuación presentadas.

DEFINICIÓN DE RIQUEZA

RIQUEZA: Según el DRAE, es abundancia de bienes y cosas preciosas¹; o fortuna sólida y grande. Podría considerarse antónimo de pobreza, que es la carencia de lo necesario para vivir; escasez económica, miseria.

DEFINICIÓN DE ENRIQUECIMIENTO

ENRIQUECIMIENTO: Es por lo mismo, la acción y efecto de enriquecerse, es decir, volverse rico, prosperar efectivamente en fortuna.

DEFINICIÓN DE LÍCITO

LÍCITO: Es lo permitido, lo legal, aquello que se hace conforme a justicia y razón. Por lógica, lo ilícito será lo que no conforme a derecho, lo que no sea legal.

¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, rihachero/rival, penúltimo párrafo PAG. 1342.

Si bien es cierto, dentro de la teoría de lo ilícito, se parte de una determinación o axioma de la naturaleza o esencia del elemento que se quiere explicar, hay dos elementos de los cuales nos vamos a referir a uno en particular: el cual entiende lo ilícito como un acto socialmente dañoso (la lesión de un bien jurídico) , es decir como una perturbación del orden de bienes jurídicos y concibe a la norma como un juicio de valor sobre el hecho en el que no se considera en principio al autor, sino que más bien importa lo causado que lo que se quiere causar, dando surgimiento así al derecho penal subjetivo.

Obviamente, no será un enriquecimiento propiamente dicho si se trata de un pequeño robo, ratería o defraudación de ínfima cuantía. Eso a la moral pública y privada no le interesa. Lo que si interesa y denota mucha expectativa, es el tratamiento de los fondos públicos de manera inmaculada, sacra, y que conlleve a su normal destino, que son las obras públicas y el beneficio de la colectividad. Pero si en el ámbito privado hablamos, sería el normal manejo de fondos privados bien habidos, bien logrados, pagando las tasas, contribuciones, impuestos y demás valores que se deban pagar para un transparente y eficaz control.

El Diccionario de la Lengua Española define al enriquecimiento como la “obtención de riquezas por parte de una persona o grupo” o un “proceso mediante el cual se dota de mayor calidad o valor a una cosa mejorando

sus propiedades y características”. En este caso, nos es más útil el primer concepto, aunque el segundo puede tener algún tipo de importancia intrínseca, es decir, sobre todo en los casos de los derechos reales como el de accesión, pero que no se inscribe dentro del análisis de esta obra que gira en torno al derecho civil de las obligaciones. Más adelante, seguiremos en el análisis de los diferentes vocablos que poco a poco iremos dilucidando en esta tesis.

De la misma manera, en el mismo sentido que la primera acepción común, Cabanellas define al enriquecimiento como la “acción o efecto de enriquecerse, de hacer fortuna o de aumentarla considerablemente”.² Como podemos apreciar, este concepto no es complicado, por el contrario es unívoco y directo en cuanto a su contenido, por lo que podemos sustraer que los elementos principales del enriquecimiento están ligados con el patrimonio, entendido este como el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica; un continente más allá de su contenido. Pero debemos hacer una precisión, en el sentido que nos interesa, enriquecerse no supone necesariamente un incremento excesivo del patrimonio de una persona, es decir, basta con el aumento patrimonial en términos positivos de cualquier magnitud, para que en derecho hablemos de la existencia de un enriquecimiento.

² Guillermo Cabanellas de Torres, *“Diccionario Jurídico Elemental”*, Editorial Heliasta, Argentina, 2001. p.147.

Por consiguiente, el enriquecimiento tiene que ver con los bienes, con los derechos de crédito, con los derechos económicos de las personas, es más, está claro que el concepto de enriquecimiento supone, necesariamente, una cuantificación numérica, significa una diferencia positiva de riqueza. Y por otro lado el enriquecimiento contempla, subjetivamente, la existencia de una acción, un acto humano de lograr incrementar su patrimonio a través de la adquisición de mayores riquezas, provenientes, desde luego, de otro patrimonio.

Señalamos, además, que el concepto de riqueza, dentro de la terminología jurídica difiere del significado vulgar que supone o conlleva la idea de la abundancia en bienes, objetos, cosas, dinero, o de elementos de alto valor económico; el sentido jurídico no necesariamente conlleva la idea de opulencia o exceso como lo hace este término en el lenguaje común. Así, jurídicamente hablando, existe enriquecimiento de un patrimonio aún cuando haya existido un incremento cuantitativo de un centavo de dólar en el total del acervo patrimonial de una persona.

De la misma manera, el empobrecimiento supone, jurídicamente, el menoscabo del acervo patrimonial en términos numéricos, a diferencia del uso del lenguaje común que supone un estado de pobreza entendido este como una situación de “falta o escasez de lo necesario para vivir”. Por lo

que, una persona, jurídicamente hablando, se empobrece aún cuando su patrimonio haya disminuido en un centavo de dólar y esa persona posea un acervo patrimonial de varios millones de dólares.

Una vez que se ha analizado la primera palabra del término del “enriquecimiento injustificado”, nos queda la más complicada y la que en realidad produce una gran discusión, y es la determinación del adjetivo que hace del enriquecimiento una fuente de las obligaciones, para algunos es: injusto, para otros, injustificado, sin causa, torticero, indebido, ilícito, o a expensa ajena, etc..

Cabanellas nos dice que el enriquecimiento sin causa es el “aumento de un patrimonio con empobrecimiento del ajeno y sin amparo en las normas legales ni en los convenios o actos privados.”³ Esta aproximación, por cierto simple, pero nos permite un proceso de comprensión suficiente para la determinación que eleva al enriquecimiento sin causa como una fuente de las obligaciones. Lo primero que podemos observar es un el enriquecimiento sin causa jurídica justificada de ningún tipo, pero este concepto no nos indica los efectos de ese enriquecimiento.

En este sentido, podemos manifestar, que hasta no hace mucho tiempo no se había elaborado una doctrina acerca del enriquecimiento

³ Guillermo Cabanellas de Torres, *Op. Cit.*, p. 147.

injustificado, si bien el Derecho romano ya había logrado una aproximación hacia el mismo como un enriquecimiento injusto.

La doctrina en general ha conceptualizado que constituye el enriquecimiento injustificado, otra fuente de las obligaciones, además de los contratos y de los delitos. Por enriquecimiento se entiende, “todo incremento patrimonial; es por consiguiente –observa Von Tuhr- el concepto inverso al de daño.”⁴

Pero, del mismo modo que no todo daño engendra un derecho de indemnización, sino que tienen que concurrir circunstancias especiales que lo abonen, por ejemplo, el daño supone la existencia de culpa o por lo menos, tener su causa en el responsable, así también, manifiesta Goldstein, que: “para que el enriquecimiento origine un derecho de restitución es menester que ocurra a costa del patrimonio de otra persona, y que, además, no haya razón que lo justifique.”⁵

Por su parte, Alessandri, Somarriva y Vodanovic manifiestan que:

“El enriquecimiento sin causa consiste en el desplazamiento de un valor pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento de un valor

⁴ Mateo Goldstein, “*Enriquecimiento sin causa*”, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo X, Buenos Aires Argentina, 1996, p. 362.

⁵ Mateo Goldstein, *Op. Cit.* p. 362.

pecuniario de un patrimonio a otro, con empobrecimiento del primero y enriquecimiento del segundo, sin que ello esté justificado por una operación jurídica (como la donación) o por la ley.”⁶

Es por eso que, al empobrecido sin causa legítima se le reconoce una acción para remover el perjuicio sufrido, llamada acción de enriquecimiento, o para otros llamada también acción de in rem verso. Esta acción del empobrecido procede, generalmente, cuando no hay otra acción que pueda restablecer el equilibrio patrimonial roto sin una justificación legítima.

Antes de proseguir, se debe aclarar que cuando se habla de la causa del enriquecimiento, la referencia no se hace a la causa como uno de los elementos del acto o contrato, es decir, no la causa como un significado dentro de la teoría del negocio jurídico, sino a la causa eficiente, o sea, la fuente (o acto jurídico o ley) que origina y justifica la prestación; si esa fuente no existe jurídicamente, el beneficiado se ha enriquecido sin causa.

Las legislaciones no pueden aceptar que se obtenga un enriquecimiento sin causa jurídica, esto permite que el uso de la teoría del enriquecimiento sin causa o injustificado, sea necesario para evitar que una persona se

⁶ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *“Tratado de las Obligaciones”*, (De las obligaciones en general y sus diversas clases), segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, p. 61.

enriquezca a costa de otra si no puede justificar jurídicamente ese enriquecimiento.

Es por eso que la falta de una definición legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como en otros ordenamientos como el chileno, el colombiano, el español, etc. dificulta en algún modo la concreción del alcance del enriquecimiento injustificado o sin causa. Pero, no es sencillo tampoco para autores como Colin y Capitant, Freitas, Jorge Americano, Torino, etc., quienes no establecen categóricamente un concepto de lo que es esta institución.

Por otro lado, Georgi ha tratado de establecer una definición del enriquecimiento injustificado así: “es el enriquecimiento conseguido sin tener derecho” y añade después “sin derecho debe llamarse a un enriquecimiento cuando falta voluntad o culpa de aquel a cuya costa se efectúa y cuando no hay obligación preexistente o texto de ley en qué fundarlo.”⁷

De este concepto podemos decir que, si ha existido expresión de voluntad, es decir, libre albedrío de parte de quien sufre el empobrecimiento o daño, no se podría reclamar ninguna restitución.

⁷ Georgi citado por: Julio Bastidas Aguirre, *“El enriquecimiento injustificado”*, Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador, 1940, p.40.

Según el aforismo romano existiría aquí *volente non fit injuria*, es decir, no se reputa haber daño para quien consintió en ello; no puede, por lo tanto, concederse ningún derecho de reclamación a quien, con plena conciencia, voluntad y capacidad hubiese renunciado, ya sea tácitamente o expresamente, a su derecho en favor de otro.

Además, muchos son los casos en los que una persona con su simple liberalidad entrega, aparentemente sin contraprestación equivalente alguna, algo a otra persona; voluntariamente se ha empobrecido patrimonialmente, con la simple voluntad de hacerlo sin coerción o vicio alguno. Como son las donaciones entre vivos, la donación por causa de matrimonio, aunque en este último caso se lo hace con un la condición del cumplimiento de la obligación de contraer matrimonio, siendo una obligación no del tipo pecuniario.

El otro elemento que vemos en este concepto, es el de culpa, es decir, cualquier falta, voluntaria o no, de una persona que produce un mal o daño; si se encuentra que un daño podría imputarse al mismo que lo ha sufrido, mal podría pretender éste, ninguna reclamación o compensación.

Así, en nuestra legislación ecuatoriana como en muchas otras legislaciones, se ha adoptado el conocido aforismo romano, como pauta para varias circunstancias, que dice: *qui culpa sua damnum sentint, non*

intelligitur damnum sentire, es decir, aquel que por su culpa ha experimentado un daño no se reputa que lo siente. Es decir, si por culpa o negligencia atribuible a mi propia persona, no cumplo con ciertas condiciones de un contrato y eso genera una pérdida patrimonial a favor de otro, no puedo reclamar falta de causa o justificación en el enriquecimiento del otro y en mi empobrecimiento.

Finalmente, otro aspecto a tomarse en consideración es la falta de obligación preexistente o texto de ley en que se funde el enriquecimiento; es decir, no puede aceptarse que el mismo derecho contemple la posibilidad de la falta de justicia o equidad en las relaciones jurídicas.

Como ya se manifestó supra, según Andreas Von Tuhr, quien sostiene que otra fuente de las obligaciones, además de los contratos, delitos y de los cuasidelitos, es el enriquecimiento injusto o sine causa; y que para el efecto debemos entender que: “por enriquecimiento se entiende todo incremento patrimonial; es por consiguiente, el concepto inverso al daño.”⁸

Es decir, en términos cuantitativos y de tasación monetaria del patrimonio, en el que el primero se obtiene un resultado favorable o de suma y en el

⁸ A. Von Tuhr, “*Tratado de las obligaciones*”, Editorial Comares, Granada, España, 2007, p. 239.

segundo uno desfavorable o de sustracción o resta del quantum⁹ del acervo. Sin embargo, la forma de entender al enriquecimiento como algo inverso al daño tal vez no sea la más adecuada, la lógica nos dice que el enriquecimiento es inverso al empobrecimiento, y nada más simple que eso.

No obstante, como podemos observar, este autor alemán, no confunde al enriquecimiento con el daño, él realiza una distinción, pero a su vez indica que de la misma manera en que no todo daño genera un derecho de indemnización, sino sólo cuando concurren ciertas circunstancias especiales que lo abonen, como manifestamos supra, como son: que el daño ha de suponer culpa, o por lo menos, la existencia de un nexo de causalidad con el responsable; además que el enriquecimiento sea a costa del patrimonio de otra persona y que, de igual forma no haya razón e eximente legal o jurídico que justifique ese enriquecimiento.¹⁰

De esto surgen algunas consideraciones, por ejemplo, si tomamos en cuenta que el enriquecimiento debe ser “a costa del patrimonio de otra persona”, entonces ¿qué sucede cuando el enriquecimiento no se genera directamente del patrimonio, sino de una prestación derivada de

⁹ El término *quantum*, desde el punto de vista legal, lo entendemos como un valor monetario determinado, “cuantía”, monto o cantidad específica sobre un acervo patrimonial. Dentro del derecho civil de las obligaciones se usa para referirse a la “cuantía” o “*quantum*” indemnizatorio o resarcitorio, que se pide y que es otorgado en sentencia.

¹⁰ A. Von Tuhr, *Op. Cit.*, p. 239.

servicios? Pues, el Código Civil alemán en su artículo 812 se manifiesta en términos más generales diciendo “a costa de otro” y no necesariamente diciendo “a costa del patrimonio de otro”, lo que permite por ejemplo, que siempre y cuando una persona deje de obtener el ingreso que le supondría dar a sus servicios otro destino, es decir, el costo de oportunidad generado, puede considerarse a esa falta de entrega de la asignación debida por prestación de servicios como un enriquecimiento a costa del patrimonio de otro y por lo tanto generar una obligación de restitución.

Von Tuhr, al respecto, manifiesta: “que no haya razón que lo justifique”, en el mismo sentido que Enneccerus, significaría que la pérdida de uno debe guardar una relación causal con el enriquecimiento de otro. En este sentido el derecho de restitución o repetición tiene su fundamento, como la indemnización, en una pérdida sufrida por el demandante y no puede exceder de ella.

No obstante, para Von Tuhr, la cuantía del enriquecimiento “no se mide precisamente por esta pérdida (refiriéndose al empobrecimiento), sino por el incremento patrimonial que experimenta la otra parte; a diferencia de la indemnización, que no se calcula por los beneficios que suponga el hecho para el responsable.”¹¹ Visión ésta, interesante, inclusive cercana a lo que se conoce en el derecho anglosajón como indemnizaciones por daños

11 11 A. Von Tuhr, Op. Cit., p. 239.

punitivos, en las que se calcula un valor más allá del daño causado, sino del posible beneficio que ha obtenido el causante del daño, a causa directa del mismo. Sin embargo, otros autores no consideran esta posición, sino una contraria, como, por ejemplo, Tamayo Lombana. Es decir, el monto reclamado válidamente por el perjudicado o empobrecido sería igual al quantum de su empobrecimiento, no al quantum del enriquecimiento del enriquecido injustificadamente.

Como podemos ver, Von Tuhr, toma en cuenta al derecho de repetición por enriquecimiento injusto que conceden las leyes modernas, como muy semejante a la *condictio sine causa* del Derecho común, o como se la conoce en la doctrina moderna como condición. Recordemos que “la *condictio sine causa* procedía en los casos de prestaciones cumplidas sin causa o por una causa errónea, y en aquellos otros en que la causa que justificaba la existencia de la obligación había dejado de existir.”¹²

Por otro lado, para algunos autores, la figura del enriquecimiento injustificado o sin causa es análoga a la del pago de lo no debido, sin embargo su campo de aplicación es más amplio. “Además hay diferencias en cuanto a los efectos, pues el enriquecimiento debe subsistir al momento de la demanda y la acción se limita al empobrecimiento sufrido

¹² José M. Carames Ferro, “*Curso de Derecho Romano; Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones y Sucesiones*”, séptima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1953, p. 400.

por el interesado.”¹³ Su objeto, dice Antonio de la Vega, “es restituir, mas no indemnizar.”¹⁴ Por otro lado, en el pago de lo no debido el *accipiens* de mala fe puede quedar obligado a restituir aun por encima de su enriquecimiento.¹⁵

Jesús Vallejo, Tamayo Lombana, Ospina Fernández, Valencia Zea, manifiestan al contrario que Von Tuhr, que la acción del enriquecimiento injustificado se limita al empobrecimiento, es decir, no al quantum del enriquecimiento.

Por otro lado, y en el mismo sentido que los chilenos Alessandri, Somarriva y Vodanovic, Ospina Fernández indica que el enriquecimiento sin causa “se presenta en todas aquellas hipótesis de acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que este desplazamiento de valores obedezca a un causa jurídica justificativa.”¹⁶

¹³ Jesús Vallejo Mejía, *“Manual de obligaciones”*, primera edición, Editorial Dike, Medellín, Colombia, 1991, p.242.

¹⁴ Antonio de la Vega, *“Bases del derecho de obligaciones”*, Universidad de Cartagena, Cartagena, Colombia, 1966, p. 135.

¹⁵ Alberto Tamayo Lombana, *“Manual de obligaciones”*, quinta edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, p. 284.

¹⁶ Guillermo Ospina Fernández, *“Régimen General de las Obligaciones”*, séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2001, p.42

Añade, el prominente juriconsulto colombiano, que tal situación está condenada por el derecho y la equidad (*nemo cum alterio detrimento locupletiolem fieri potest*); pero, además indica que esta circunstancia no autoriza, en manera alguna, la confusión del enriquecimiento sin causa con el delito o el cuasidelito, en el mismo sentido que hemos manifestado anteriormente.

En consecuencia, las definiciones que presentan los diversos autores consultados coinciden y son casi similares, por ejemplo, Alejandro Álvarez Faggioni define a esta institución como: “*todo incremento que experimenta el patrimonio de una persona en detrimento del de otra, sin que haya una causa legítima.*”¹⁷

El jurista ecuatoriano, Emilio Velasco Céleri, por su parte indica que, el enriquecimiento injusto como una situación de enriquecimiento “*esto es que una persona recibe a costa del patrimonio de otra, un beneficio pecuniariamente apreciable sin causa jurídica, que lo motive.*”¹⁸

Dice Tamayo Lombana que: “*hay enriquecimiento sin causa cuando una persona –disminuyendo su propio patrimonio- incrementa el de otra y la*

¹⁷ Alejandro Álvarez Faggioni, “*Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano*”, tomo I, Imprenta de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador, 1982, p.13.

¹⁸ Emilio Velasco Céleri, “*Sistema de Práctica Procesal Civil*”, tomo 7, PUDELECO editores, Quito, Ecuador, 2005, p. 132.

enriquece, por lo tanto, sin que ese movimiento de valores que se presenta en los dos patrimonios encuentre justificación ni en una convención ni en una disposición legal.”¹⁹

Sostiene el mexicano Miguel Ángel Pérez Bautista, sobre el enriquecimiento ilegítimo, como lo conocen más en su país, que tal como lo concibe el artículo 1882 del Código Civil del Distrito Federal mexicano, *“es el acrecentamiento que registra un individuo en su patrimonio, sin que medie alguna causa justificada, en detrimento económico de otra persona.”²⁰*

Luego de todos los conceptos revisados, intentaremos dar un concepto que surja de nuestro intelecto, el que se establece de la siguiente manera:

El enriquecimiento injustificado o sin causa es una fuente autónoma de obligaciones que surge por el incremento injustificado de un patrimonio frente al empobrecimiento correlativo de otro, sin que medie causa eficiente reconocida por el Derecho que lo justifique. Asimismo, no deberá existir liberalidad o la voluntad del empobrecido de enriquecer a otra persona, como en la donación, etc., tampoco supone que haya existido culpa del empobrecido, ni dolo del enriquecido. Por lo que no se trata de

¹⁹ Alberto Tamayo Lombana, *Op. Cit.*, p. 289.

²⁰ Miguel Ángel Pérez Bautista, *“Obligaciones”*, Iure editores, México DF, México, 2006, p. 76.

un delito ni de un cuasidelito, sino de una situación de hecho en donde lo importante es la transferencia patrimonial injustificada de un patrimonio hacia otro. Esa transferencia patrimonial genera un vínculo obligacional entre el que la recibe y el que la pierde, es decir, entre el enriquecido, que se convierte en deudor, y por lo tanto debe devolver el quantum del empobrecimiento, y el acreedor, es decir, el empobrecido, ya que no existe causa jurídica eficiente que justifique tal incremento patrimonial a costa del empobrecimiento correlativo. Finalmente, añadimos que no deberá existir una mejor vía o acción judicial que permita al empobrecido recobrar o pedir el resarcimiento patrimonial que ha sufrido.

En contraposición a todas las definiciones que se dan sobre esta el enriquecimiento injustificado o sin causa como fuente de las obligaciones, otros autores prefieren no dar un concepto de esta figura jurídica, es decir, a pesar que describen y analizan sus elementos y tipos no generan un significado o definición específico, por ejemplo, el colombiano Valencia Zea y en el mismo sentido Horacio Pedro Guillén, éste último cuando da su concepto sobre el enriquecimiento sin causa dice lo siguiente:

Concepto.- El enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de obligaciones. El Código –argentino- no ha realizado una sistematización de sus principios, pero en el articulado se pueden encontrar normas

aisladas que implican aplicaciones de la figura, por lo que no cabe duda alguna de su vigencia en nuestro derecho.²¹

Como vemos no lo define, no da un concepto, sino que se refiere a que de su análisis y de los principios que presente el ordenamiento jurídico se puede determinar y así lo hace también cuando se refiere a sus elementos.

CONCEPTO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO O SIN CAUSA EN DIVERSOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Este acápite tiene como objetivo el de ejemplificar las definiciones que en los códigos modernos del siglo XX se establecen, estos, en general indican formalmente que el sujeto que sin causa legítima se ha enriquecido a expensas de otro, está obligado a la restitución. Este principio aparece en dichos códigos en los mismos términos señalados o en otros semejantes, tal como veremos a continuación:

El artículo 1882 del Código Civil Del Distrito Federal Mexicano señala que: “El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida en que él se ha enriquecido.”

²¹ Horacio Pedro Guillén, *“Obligaciones manual”*, editorial B de f, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 251.

El Código Suizo de las Obligaciones, artículo 62 manifiesta que:

1.- Quien sin causa legítima, se enriqueció a costa de otros, se atiene a la restitución.

2. - Se debe la restitución, en particular, de lo que se ha recibido sin causa válida, en virtud de una causa que no se realizó, o de una causa que dejó de existir²².

El Código Civil italiano de 1942, artículo 2041 dice:

Acción General de enriquecimiento.- Quien, sin justa causa, se ha enriquecido en desmedro de otra persona, debe indemnizarla, en los límites del enriquecimiento, a ésta última en su respectiva disminución patrimonial.

²² Art. 62 A. Conditions I. En general 1.- *Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution.* 2.- *La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister.*

En caso de que el enriquecimiento haya tenido por objeto una cosa determinada, quien la ha recibido está obligado a restituirla en especie si subsiste la cosa al momento de la demanda.²³

El Código Civil alemán, artículo 812 manifiesta que:

Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después o si no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico. ²⁴

Por su parte el Código Civil boliviano de 1975, Título IV Del enriquecimiento ilegítimo, artículo 961, manifiesta que: *“Quien, sin justo motivo, se enriquece en detrimento de otro está obligado, en proporción a*

²³ *TITOLO VIII.- DELL'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA Art. 2041 Azione generale di arricchimento Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale.*

Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda.

²⁴ *§ 812 Herausgabeanspruch (1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. (2) Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.*

su enriquecimiento, a indemnizar a éste por la correspondiente disminución patrimonial.”

Asimismo, el Código Civil peruano, artículo 1954 en la Sección Cuarta dice: *“Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.”*

El Código Civil brasileño en el artículo 884 expresa que:

Quien, sin justa causa, se enriquece a costa de otro, será obligado a restituir lo indebidamente obtenido, la restitución será actualizada a los valores monetarios. Si el enriquecimiento tiene por objeto una cosa determinada, quien ha recibido está obligado a restituir la cosa, y si la cosa no subsiste al momento de la demanda, la restitución se hará de acuerdo al valor de la cosa al momento de la demanda.²⁵

Además, El artículo 886 del mismo Código Civil brasileño manifiesta que *“La restitución debe hacerse no sólo cuando no ha existido causa que*

²⁵ *Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.*

justifique el enriquecimiento, sino también cuando esta causa ha dejado de existir.

Como se ha podido observar en esta recopilación de disposiciones legales sobre el enriquecimiento sin causa, injustificado o ilegítimo, según cada denominación nacional, nos demuestra que se trata de una institución jurídica basada en un principio universal y por lo tanto no existen variaciones fundamentales, sino diferencias formales mínimas, en el planteamiento de esta teoría jurídica del enriquecimiento sin causa o injustificado. Inclusive algunas definiciones legales de los distintos códigos son prácticamente las mismas y coinciden con los conceptos doctrinarios tratados anteriormente.

Además, la salvedad, por ejemplo la clasificación del derecho alemán, que indica que la causa puede faltar al comienzo o ésta puede ser posterior, se hace en el mismo sentido que la concepción suiza y brasileña; y por su lado, el derecho brasileño, añade otros elementos, como la forma de la restitución, cuando se debe hacer en cuerpo cierto, en género o en dinero, y la forma en la que se hace; algo parecido hace la ley italiana.

Las legislaciones más modernas han acuñado una concepción más completa de esta institución jurídica del enriquecimiento injustificado, mientras que otras legislaciones intermedias, como la peruana, boliviana y

mexicana, solamente han proclamado un principio general de enriquecimiento como fuente de obligaciones.

Desde tiempos muy antiguos, la percepción del enriquecimiento privado no justificado, injusto o torticero como se lo denomina, era ya de amplia discusión. Ya en el derecho romano, se hablaba de la *condictio ob turpem et injustam causam* que permitía resarcirse en adquisiciones con causa inmoral o antijurídica, y la *condictio sine causa*, que constituía un remedio general frente a todos los casos de enriquecimiento injusto no amparados en ese entonces.²⁶

De la misma forma, como medios reparadores del enriquecimiento injusto fueron entre los principales, y la adecuada a nuestro estudio la *actio in rem verso*, que competía al padre de familia por los actos del hijo y del esclavo que hubiera obrado sin su orden. Cabe mencionar, que esta acción se generalizó posteriormente para reparar los enriquecimientos sin causa; y el pensador Planiol la consideró como casi contractual.²⁷

Dentro del derecho comparado, el Código Civil francés, argentino y español solo tienen pequeñas referencias y principios generales sobre la materia, en tanto que el derecho civil alemán manifiesta que “aquel que

²⁶ DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, GUILLERMO CABANELLAS, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSAS, primer párrafo PAG. 61.

²⁷ DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, GUILLERMO CABANELLAS, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSAS, segundo párrafo PAG. 61.

por una prestación o de cualquier otra manera, obtiene alguna cosa sin causa jurídica, de los bienes de otra persona, está obligado a restituir a ésta”²⁸. Así también, dentro del código sustantivo civil español, establece como los casos más característicos del enriquecimiento injusto son el cobro de lo indebido y la lesión en los contratos onerosos.

Dentro del Código Penal Colombiano, ya en el año 1986 se encontraba tipificado en el artículo 148 Capítulo VI Título III del enriquecimiento ilícito manifestaba que “El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de uno a ocho años, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a diez años”²⁹

Cabe mencionar, que ya para esa época, en el vecino país ya se pensaba y se sostenía que el delito de enriquecimiento ilícito no sólo debería ser para los empleados públicos, sino de toda persona que no cumpla con la obligación legal de justificar el origen de su patrimonio económico.³⁰

²⁸ DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, GUILLERMO CABANELLAS, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSAS, tercero, cuarto y quinto párrafos PAG. 61.

²⁹ ESTATUTOS PENALES COLOMBIANOS, ANTONIO JOSÉ MARTINEZ LÓPEZ, EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, PAG. 271

³⁰ ESTATUTOS PENALES COLOMBIANOS, ANTONIO JOSÉ MARTINEZ LÓPEZ, EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, PAG. 272

Como ya es consabido, el Estado Ecuatoriano es el responsable de expedir por medio de sus poderes, las diferentes normativas que garanticen el interés público como la provisión de servicios básicos, educación, paz y orden social, etc., de ahí que en la Carta Magna se establezcan todas esas premisas de sumo interés público dentro del conglomerado nacional.

Así también, dentro de nuestro contexto nacional, debemos manifestar que dentro del artículo 1 de nuestra Constitución vigente, la soberanía radica en el Pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación previstas en ella.

De acuerdo con este antecedente, el Derecho Penal se convierte en un elemento de control social y de represión de conductas que atenten contra la paz social y el orden; que atenten contra el SUMAK KAWSAY o Buen Vivir como se lo denomina en nuestra Carta Magna.³¹

Como se ha mencionado, tenemos que definir que es el Derecho Penal y sus alcances. Para Guillermo Cabanellas, el Derecho Penal “comprende los principios doctrinales y las normas positivas referentes al delito, al

³¹ CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, CAPÍTULO II DEL BUEN VIVIR, Corporación de Estudios y Publicaciones, PAG. 5

delincuente y a la pena”³², el cual debe estar normado en un cuerpo legal destinado para aquello, en este caso –en la actualidad- nos manejamos con el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal.

Este conjunto de normas establecidas y tipificadas en los dos cuerpos legales antes mencionados, producen un “efecto disuasivo de conductas humanas que atentan contra los bienes jurídicos que la sociedad debe proteger para su armonía y tranquila convivencia”³³. De la misma manera, este efecto logra reprimir con dureza las conductas que, de no ser sancionadas crearían caos, impunidad y por consiguiente, un mal predicamento para los integrantes de nuestra sociedad.

Para nuestro estudio dentro del caso que nos amerita, tenemos que definir que es delito de acción pública y delito de acción privada, pero no sin antes no definir lo que es el Delito.

DEFINICIÓN DE DELITO

DELITO: Proveniente del latín *delictum*, es la expresión de un hecho antijurídico y doloso, castigado con una pena.³⁴ Como podemos

³² DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, GUILLERMO CABANELLAS, DERECHO PARTICULAR, segundo párrafo PAG. 655.

³³ ANALISIS DE LA CONSULTA POPULAR, UNIVERSIDAD CATOLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL, PAG. 130

³⁴ DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, GUILLERMO CABANELLAS, DERECHO PARTICULAR, último párrafo PAG. 603.

observar, el delito es la contradicción entre la conducta humana sea de acción u omisión con la ley penal, recogiendo el principio de reserva legal, por el cual el delito solo es tal, si la ley previamente lo tipifica, con la finalidad de proteger ciertos bienes que la sociedad considera esencialmente valiosos, es decir su razón de ser, sancionando la conducta humana que atente contra ellos.

Definimos al hecho antijurídico como la conducta contraria al derecho al lesionar un bien jurídicamente protegido. La antijuridicidad supone un desvalor. El legislador, al dictar la ley, realiza una selección de los bienes o intereses que desea proteger o resguardar, efectuando una valoración que plasma en la norma legal, al declarar jurídicamente valioso un bien o interés y, a su vez, desvalorando las conductas que atenten contra éste.

Se define al Dolo en materia penal, como la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la Ley. Sintetizando lo anterior, podemos manifestar que el dolo penal es la voluntad de delinquir, donde dolo e intención criminal resultan sinónimos.³⁵

Pena deriva del término en latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo. Es el medio con que cuenta el Estado para

³⁵ DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, GUILLERMO CABANELLAS, DOLOSO, segundo párrafo PAG. 743.

reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable". Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.³⁶

Pues bien, una vez definido lo que es el delito y su contenido, procedemos a develar los conceptos de delitos de acción pública y privada, ya que de este estudio, podremos obtener más adelante, el desarrollo de nuestro tema principal.

DEFINICIÓN DE DELITO DE ACCIÓN PRIVADA Y ACCIÓN PÚBLICA

DELITO DE ACCIÓN PRIVADA: El perseguible sólo a instancia de parte interesada; o sea, de la víctima, representantes legales, ciertos parientes o causahabientes, según los casos.³⁷ Como corolario, el derecho privado expresa que el perdón extingue la pena, y el desistimiento del ofendido produce el sobreseimiento.

³⁶ <http://es.wikipedia.org/wiki/Pena>

³⁷ DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, GUILLERMO CABANELLAS, DELITO DE OMISIÓN primer párrafo PAG. 608.

DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA: Aquel que, por interesar al orden público, ha de ser perseguido de oficio³⁸ Es aquel que es de Acusación Pública y se contrapone al de instancia privada.

La distinción entre las acciones privadas y públicas afina en el poder de iniciativa o de ejercicio de la parte agraviada o interesada. Íntimamente relacionada a la clasificación de derecho privado y público, la perfecta individualización de estas acciones no tiene correspondencia alguna ni con la pretensión ni con el proceso. El poder o la facultad de invocar la garantía jurisdiccional, poniéndola en marcha, terminan por diferenciar a las acciones privadas de las públicas. Se habla de acción privada cuando aquel poder o facultad para el llamado de la jurisdicción está vinculado a un interés individual, cuyo titular se comporta como sujeto de la acción. Cuando aquella facultad pertenece por iniciativa a cualquier órgano del poder público, con independencia de todo impulso privado, se habla, concretamente, de acciones públicas.

En la casi totalidad de los supuestos, las acciones públicas están vinculadas al proceso penal, sin que haya una exclusividad a favor de éste último, ya que también algunas acciones civiles tienen ese carácter (las relativas al derecho de familia, por ejemplo). Entre las acciones privadas, en cambio, las civiles abarcan generalmente ese campo, registrándose, empero, situaciones que como las ya mencionadas

³⁸ DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, GUILLERMO CABANELLAS, DELITO DE OMISIÓN, segundo párrafo PAG. 608.

(derecho de familia), pues no todo el Derecho Civil es un Derecho Privado.

Una distinción intermedia entre las acciones públicas y privadas, cabe hacerse con aquellas, donde el llamado a la jurisdicción como iniciativa privada, puede ser sustituido con posterioridad por el Ministerio Público, que lleva adelante la acción abandonada o simplemente iniciada por el particular (acciones dependientes de instancia privada)³⁹

³⁹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, TOMO I A, PÁGS. 248-249

CAPÍTULO II

ÁMBITO DEL PROBLEMA

El contenido de esta propuesta no es tan claro como se lo presupone. Hay un problema inicial de filosofía en la cual hay dos clases de enriquecimiento: el lícito y el ilícito. ¿Quién daría la normativa entre que es lo legal o lo ilegal?

En una sociedad tan polarizada como la nuestra, donde las acciones de las personas se encuentran tan medidas y vigiladas desde todas las áreas, cabe el siguiente ejemplo: ¿Por qué sería lícito que quien se sacó la lotería, viva en la opulencia, sin trabajar ni producir? ¿Será esto normalmente lícito?⁴⁰

En meses pasados, el Presidente de la República, Ec. Rafael Correa Delgado, mocionó para que una de las preguntas de la Consulta Popular, realizada el siete de mayo de dos mil once pasado, fuera: “Con la finalidad de combatir la corrupción, ¿Está usted de acuerdo que sea delito el enriquecimiento privado no justificado?” El Jefe de Estado explicó que si una persona no puede justificar el origen de sus fondos tiene que ser

⁴⁰ BREVES COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL, DR. EFRAÍN TORRES CHAVEZ, TOMO 3 DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, sexto párrafo PAG. 14.

investigada, y puso como ejemplo la lucha contra el tráfico de drogas y el lavado de dinero.

Muy aparte de que el Mandatario exprese su opinión e ideas acerca de tal cuestionamiento, en estricto derecho, fue el mandante o pueblo soberano el que decidió mediante consulta popular que dicha pregunta se torne afirmativa. Debemos recordar claramente, que el artículo 61 de la Constitución de la República del Ecuador, en su Capítulo V de los Derechos de Participación, manifiestan en su numeral uno y cuarto que los ciudadanos gozan de los derechos de participar en asuntos públicos y ser consultados.

Cabe recalcar, que el Presidente tiene la facultad como poder ejecutivo, de poder consultar al pueblo soberano para que se pronuncie sobre determinados asuntos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 147 numeral 14 de cuerpo legal mencionado anteriormente.

Señaló también que la corrupción está en los dos sectores, público y privado, y por ello la tipificación de ese delito constituiría en un instrumento poderosísimo para luchar contra la corrupción incluso en el sector público.

A más de lo expresado por el Presidente Correa, el enriquecimiento privado no justificado en el área pública ha sido discutido con anterioridad y tipificado. Ya desde el año 1993, esta problemática fue abordada por La Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo, en coordinación con la Contraloría y Procuraduría General del Estado, elaboró un Proyecto de Ley Anticorrupción, con el objetivo principal de sancionar el enriquecimiento ilícito de funcionarios elegidos por votación popular.

Dentro de la Asamblea Nacional, existen por lo menos cuatro propuestas –a más de la existente por la Presidencia de la República dentro del Código Penal Integrado- para tipificar como un delito autónomo el enriquecimiento privado no justificado.

En la norma vigente, los delitos patrimoniales son consecuencia del cometimiento de otros penales, como el tráfico de drogas, el lavado de activos, el terrorismo, la trata de personas. Con el cambio y su posterior tipificación, el delito de enriquecimiento ilícito privado no justificado pasará a ser juzgado por separado.

Cabe indicar, que en nuestra legislación, se encuentra tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, pero se aplica exclusivamente a los servidores públicos. Tiene un especial afín con la corrupción.

Dentro de las propuestas realizadas en el seno de la Asamblea Nacional, tienen que ver con reformas tanto al Código Penal como a la ley que regula las declaraciones juramentadas patrimoniales, sancionadas con la pena de dos a cinco años de prisión y una multa que equivalga al doble de lo ganado ilícitamente.

Las sanciones por el nuevo delito, sin embargo, se aplicarían sólo en los casos en que no se constate que el incremento patrimonial obedece al robo, usura, lavado, defraudación, estafa y otros; es decir, que si se descubre que el enriquecimiento no justificado es por alguno de esos delitos, se lo sanciona por esa actividad.

También, dicho proyecto insiste en que “no se presumirá” el cometimiento del delito cuando el incremento patrimonial no justificado no supere un monto equivalente a 150 remuneraciones básicas unificadas vigentes al momento de la investigación (sería \$ 39.600).⁴¹

Las declaraciones patrimoniales que están obligados a hacer, quienes tengan bienes por más de \$ 100 mil, y el movimiento de cuentas bancarias y tarjetas de créditos podrían usarse como pruebas en la investigación del delito de enriquecimiento no justificado.

⁴¹ Proyecto de reforma al Código Penal – Asambleísta María Alejandra Vicuña

Otro de los proyectos existente, es el de la Ley de Extinción de Dominio, cuyo trámite quedó inconcluso en el llamado 'Congresillo'.

El texto de este proyecto en cambio, planteaba la reversión al Estado de bienes supuestamente mal habidos; es decir, procedentes de actividades ilícitas, como narcotráfico, lavado de activos, captación ilegal del dinero público, terrorismo, trata de personas y las que injustificadamente incrementen el patrimonio del titular.

Según reza la propuesta, no se necesitaba de una sentencia para declarar la extinción de un bien mal habido, porque la acción busca castigar el patrimonio no a la persona. Este proyecto llegó hasta el primer debate en el extinto 'Congresillo'.

Pero ahí no termina todo. Como es consabido, dentro de la Asamblea Nacional se encuentran los grupos legislativos de oposición, donde nacen los otros dos proyectos.

Uno de ellos plantea que el delito sea penado con prisión (tiene opción de fianza) y no con reclusión, según los postulantes, para que no sea usado

como herramienta de persecución política. No tiene plazos específicos para las penas, pero se señala que deben ser escalonadas. De la misma forma, menciona el proyecto que debería establecerse un régimen de agravantes y atenuantes.

Insisten además, en que el enriquecimiento no justificado privado está relacionado con el crimen organizado, pero creen que ese no es el perfil que le quiere dar el Gobierno. Asimismo, como una transitoria pidió que se incluya que las investigaciones sean retroactivas y se extiendan a quienes han sido funcionarios del régimen y los parientes del Presidente de la República.

En el proyecto que ha preparado el Gobierno, se menciona que el enriquecimiento injustificado ya está contemplado en los códigos civiles de Alemania, Suiza, Italia, México (1882), Perú (1954) y Bolivia (1975), situación que ya hemos analizado en el capítulo anterior.

Para la tipificación y sanción del enriquecimiento privado no justificado según se indica, se aplicarán sanciones de hasta once años de privación de la libertad, según el monto de aumento del patrimonio a la persona - que no siendo funcionario público- incrementa su patrimonio declarado al Servicio de Rentas Internas (SRI), sin una justificación.

LA CARGA DE LA PRUEBA

El problema de la carga de la prueba en materia procesa penal debe ser considerado como la necesidad que tienen las partes procesales para llevar al proceso penal las pruebas que justifiquen sus respectivas posiciones para llegar a la verdad histórica del mismo. La necesidad la impone la obligación. En este caso, el Fiscal dentro de la instrucción fiscal debe llevar al proceso, en beneficio de sus acusaciones, los elementos que prueben que, en verdad, el delito se cometió y que ese acto antijurídico le es atribuible a una persona concretamente individualizada.⁴²

Dado el sistema actual seguido por nuestro Código de Procedimiento Penal la obligación de probar le corresponde la Fiscal, lo que debe hacer en la primera etapa del proceso penal, pues, si no cumpliera dicha obligación el proceso desembocaría fatalmente en el auto de sobreseimiento. Además, para el Tratadista Jorge Zavala Baquerizo, en caso de negligencia del fiscal durante la etapa de sustanciación de la instrucción fiscal, a base del principio de investigación integral de la verdad, el juez de garantías penales tiene el deber de practicar los actos procesales que fueren urgentes, y ordenar la práctica de aquellos que, sin ser urgentes, crea fundamentales para que el proceso penal pueda cumplir con su finalidad.⁴³

⁴² TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL TOMO III JORGE ZAVALA BAQUERIZO PAGS.31-32

⁴³ TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL TOMO III JORGE ZAVALA BAQUERIZO PAG.34

El sujeto activo de la relación procesal debe necesariamente probar. Ese “deber necesario” es una carga que debe cumplir y que surge desde el momento en que asume la situación jurídica de sujeto activo en el proceso penal. Martínez Ríos menciona que “en el proceso penal, el primer movimiento incumbe a la acusación y, al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba contraria debe aportarla quien niega aquella formulando la acusación”.⁴⁴

Para reforzar esta teoría, el tratadista Vélez Mariconde señala que “son los órganos del estado, sin excepción” los que “deben procurar que ingrese al proceso toda la prueba jurídicamente relevante” sin importar si favorece o desfavorece al imputado.⁴⁵

Efectivamente son los órganos estatales los que “deben”, es decir, tienen la carga de llevar al proceso todos los medios de prueba tendentes a destruir la situación jurídica de inocencia del justiciable, sin perjuicio de que quedan también obligados a no omitir, ni escamotear, ni a esconder los medios de prueba que favorezcan la situación jurídica de inocencia del acusado.

⁴⁴ JOSÉ MARTÍNEZ RÍOS. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

⁴⁵ ALFREDO VÉLEZ MARICONDE. DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO I

Si se parte del principio que el Estado inicia un proceso penal contra una persona que se considera inocente, ese proceso penal contiene una imputación provisional contra el encausado y, por consiguiente, es esa imputación la que, principalmente, inspira la conducta probatoria de los órganos del estado y hacia ese fin –la destrucción de la inocencia- es que se dirige la actividad probatoria del funcionario estatal respectivo.

El hecho de que los órganos estatales lleven el proceso también los medios de prueba que robustezcan la posición jurídica del imputado no significa que no tengan la obligación de probar los cargos contenidos en la imputación provisional por la cual se dio inicio al proceso penal⁴⁶

Dentro de la carga de la prueba, el acusado no tiene que demostrar su propia inocencia, ya que esta se presume por mandato constitucional, es decir el Estado por medio de la Fiscalía, es el encargado de buscar cuanta prueba sea necesaria para demostrar que el acusado es el responsable del delito.

Para ser más entendible lo que se quiere expresar, nos trasladaremos al delito de ocultamiento de cosas robadas, tipificado en el Art 569, de nuestro Código Penal, el cual sanciona se todo tipo de tenencia o posesión de cosas u objetos provenientes del robo o del hurto; por lo

⁴⁶ TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL TOMO III JORGE ZAVALA BAQUERIZO PAG.44

tanto, para que este delito sea sancionable, la Fiscalía tiene que probar que las cosas que se encontraron en poder de determinada persona, son provenientes del robo o del hurto.

Se podrá notar que en nada influye que el acusado no pudo justificar la procedencia de los bienes; y esto se debe a la presunción de inocencia, ya que el procesado no tiene que justificar la procedencia de los bienes, porque la carga de la prueba de pertenece a la Fiscalía, y por lo tanto la misma debe justificar que los bienes son robados o hurtados.

VIOLACION DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Algunos Penalistas manifiestan que con este cambio se viola el derecho de la presunción de inocencia garantizado en la Constitución. Que contrario a lo que se señala, que en todos los procesos y delitos, es la Fiscalía la que tiene la obligación de probar la culpabilidad de una persona, en el delito de enriquecimiento privado no justificado, sucede lo contrario: el ciudadano es el que tiene que demostrar que es inocente⁴⁷.

Doctrinariamente, la declaración de los derechos de Virginia, del 27 de junio de 1776, manifiesta: “Todo hombre no puede ser declarado culpable sin el consentimiento unánime del jurado”. Posteriormente, la

⁴⁷ <http://www.burodeanalis.com/2011/10/24/el-enriquecimiento-privado-no-justificado-y-la-sancion-a-las-personas-juridicas-se-penalizan-en-nuevo-codigo/>

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional en Francia el 26 de agosto de 1789, resolvió que “Todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable”.

Dentro de la declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre del 2 de mayo de 1948, en su artículo 26 señala “se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable”.⁴⁸

El principio de inocencia sólo debe restringirse a título de cautela para asegurar la debida aplicación de la Ley.

El derecho a la presunción de inocencia se encuentra establecido en el Art. 76, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, tipificando la presunción de inocencia como un derecho de protección, considerando, que todas las personas que habitan el territorio ecuatoriano no delinquen, es decir la mayoría de las personas, son honradas, justas y trabajadoras; por lo tanto, si se inicia un proceso penal en contra de cualquier individuo dentro del territorio ecuatoriano, su condición de inocentes prevalece ante una presunción de culpabilidad.

⁴⁸ PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. FERNANDO YAVAR NUÑEZ. PAG. 18

Para mejor entendimiento, en un proceso penal, el acusado no tiene que presentar las pruebas tendientes a demostrar su propia inocencia, ya que esta se presume por mandato constitucional, por lo tanto, por ser una norma que está elevada a carácter constitucional, la carga de la prueba le corresponde enteramente al Estado y este lo hace por medio de la fiscalía.

La culpabilidad no es una presunción, es una certeza, ya que sobre toda idea de culpabilidad impera la presunción de inocencia. Pero, la presunción de inocencia es un derecho que admite prueba en contrario, porque este derecho termina cuando en sentencia ejecutoriada se ha declarado la culpabilidad; es decir, si se encuentran las pruebas necesarias, y las mismas son presentadas e incorporadas en juicio, para que posteriormente en sentencia ejecutoriada se demuestre, que determinada persona es culpable del delito; “la presunción de inocencia termina, por cuanto se ha demostrado la culpabilidad.”

El enriquecimiento privado no justificado se considera como un delito no prescriptible, ubicándolo así entre los más graves. Hasta ahora en este grupo se consideraban las infracciones de agresión de un Estado contra otro, genocidio, lesa humanidad, desaparición forzada de personas y crímenes de guerra, infracciones graves a los derechos humanos, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito e infracciones contra el medio ambiente y el patrimonio cultural.

Sin embargo, para otros penalistas este nuevo delito estaría justificado. Manifiestan que en el tema tributario, por ejemplo: los gerentes delegan lo contable a sus departamentos de contabilidad. Si estos no estaban pagando el IVA (Impuesto al Valor Agregado), por ejemplo, no es justo que el gerente General, que no tiene nada que ver en el tema, se vaya preso; pero sí es justo que la compañía sea sancionada.

Además, aclaran que las personas jurídicas seguirán existiendo bajo el Código Civil, Ley de Compañías, o cualquiera que regule su actividad.

Ahora, el procedimiento para iniciar una investigación de enriquecimiento ilícito público es: por informe de la Contraloría, por denuncia particular o por oficio de la Fiscalía. Dentro de la Fiscalía, la Unidad de Delitos Financieros y Anticorrupción es la encargada de estos delitos.

Como un criterio más, los jueces constitucionales, Nina Pacari Vega y Alfonso Luz, quienes en su informe de voto salvado de esta pregunta, afirmaron que: “El pretender establecer una tipicidad abierta, tal como se menciona en la pregunta, conlleva a violentar el principio de inocencia pues se invierte la carga de la prueba, a más de que deja en extrema discrecionalidad del futuro juzgado, la aplicación de la referida descripción delictiva, lo que desde todo punto de vista es inconstitucional, y convierte

en peligroso un discurso moral, en lugar de un discurso jurídico-constitucional”.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-

El delito de enriquecimiento privado no justificado pronto será una realidad dentro del ámbito penal ecuatoriano con las debidas reformas que se realizarán al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, por lo que es necesario y justo la orientación desde el punto de vista procesal penal cual es la vía que se utilizará para dicha tipificación del delito en cuestión.

El antecedente más próximo que tenemos a este próximo nuevo tipo penal, es el enriquecimiento ilícito, que fue introducido por la Ley 6, publicado en el Registro Oficial No. 260-S del 29 de agosto de 1985 e introducido en tres artículos innumerados a continuación del artículo 296 del Código Penal vigente, y que establece que constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos.

Esta tipificación legal del enriquecimiento ilícito, surgió para poder sancionar a aquellos funcionarios públicos que no pudiendo probarseles un peculado, un cohecho o una concusión, se los pueda presumir autores de un delito por el incremento de su patrimonio por encima del salario pagado por el Estado o la institución pública a la que pertenecieren.

En nuestros días, aquel que incrementa injustificadamente su patrimonio es objeto de una determinación presuntiva de ingresos no declarados por parte de la Administración Tributaria, tal como lo establece el numeral 5 del undécimo inciso del artículo 22.1 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y que de conformidad con el numeral 6 del artículo 344 del Código Tributario, está tipificado como delito de defraudación tributaria, sancionada con una pena de dos a cinco años de prisión, es decir igual sanción que para aquellos que son reos del delito de enriquecimiento ilícito.

Por consiguiente, tendríamos que el enriquecimiento injustificado ya tendría una sanción penal por defraudación tributaria, independientemente si el incremento del patrimonio proviene de ingresos lícitos o ilícitos, porque así lo establece la norma; siendo así, el legislador al crear un delito autónomo de enriquecimiento privado no justificado, le permite a los fiscales indagar a aquellos patrimonios que han crecido de manera súbita independientemente de si lo audita o no el Servicio de Rentas Internas.

Si el incremento injustificado del patrimonio ya está tipificado, se debería establecer como delito autónomo, el “enriquecimiento ilícito privado”, pues alguien puede justificar con unas simples facturas de ventas y declaraciones de impuestos que su enriquecimiento privado está plenamente justificado aún cuando este sea ilícito.

Como podemos deducir, que no es lo mismo injustificado que ilícito, como ejemplo a colación, cuando se señalaba que la primera pregunta del plebiscito pretende atacar la corrupción no solo en el sector público sino también en el sector privado y se puso como ejemplo el pago de coimas que efectúan ciertos contratistas a funcionarios públicos; pues bien, para esto existe el tipo penal del cohecho y claro está si no se puede demostrar objetivamente el delito, un incremento injustificado del patrimonio del funcionario público se podría considerar como enriquecimiento ilícito, pero no aplicará jamás al contratista que dio la coima aún cuando exista la tipificación del delito de enriquecimiento privado injustificado, dado que el contratista, lejos de encuadrarse en un enriquecimiento injustificado, mostrará las facturas que emitió por el contrato adjudicado y los valores recibidos que justifican sus incremento patrimonial; las coimas lo que han hecho es mermar su patrimonio, no aumentarlo.

El numeral 5 del undécimo inciso del artículo 22.1 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y que de conformidad con el numeral 6 del artículo 344 del Código Tributario, está tipificado como delito de defraudación tributaria, sancionada con una pena de dos a cinco años de prisión.

Por otra parte, el enriquecimiento privado no justificado, puede deberse a varias razones que no necesariamente nos lleven a concluir, que un ciudadano está realizando actividades ilícitas, como aquel que recibe donaciones del exterior de su familia emigrante sea por transferencias de dinero o por los dineros en efectivo que le entrega cada visita que sus familiares realizan al Ecuador y con este dinero construye una casa en el austro ecuatoriano que no se justifica con un salario básico y ni se diga la señora de la tercera edad, madre de un empresario que con el argumento de que se necesitan al menos dos accionistas para que una compañía anónima subsista, pone a su progenitora como accionista de una empresa cuyas acciones tienen un gran valor patrimonial que tampoco se justifica con la pensión de jubilación.

Cabe la pregunta en estos dos simples ejemplos: ¿la falta de justificación del incremento patrimonial o lo que es lo mismo de soportes de cómo adquirieron este patrimonio, aún cuando su obtención fue lícita, los hace reos del delito?, ¿Será suficiente una declaración juramentada de cómo obtuvieron su patrimonio?

Si la Asamblea Nacional circunscribe el enriquecimiento privado no justificado, al enriquecimiento ilícito privado, -que es como debió formularse la pregunta-, entonces sí, lo más probable es que nos encontremos con varios casos de estos, como algún abogado, que cobra supuestos honorarios por US\$ 500.000, que los factura y recibe retención y por lo tanto paga impuestos, para al poco tiempo retirar, por ejemplo US\$ 200.000 por ventanilla y a los pocos días obtener un fallo favorable. En este caso, el enriquecimiento es justificado pero a todas luces es ilícito; como lo son también la facturación que realiza el que vende películas pirateadas o artículos robados, el hecho que los facture justifica el incremento de su patrimonio, pero su actividad es ilícita.

Finalmente, nos podríamos encontrar con casos de enriquecimientos no justificados que de por sí son ilícitos, es decir que no pueden ser justificados y sobre esto la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos ya trae sanciones muy severas que llegan hasta los 9 años de reclusión.

En conclusión, debe tipificarse el enriquecimiento privado no justificado siempre que lo circunscribamos a un comportamiento ilícito del individuo, como por ejemplo aquel que aumenta su patrimonio porque se dedica a la organización de juegos de azar clandestinos, al proxeneta que explota a

personas dedicadas a la prostitución, al que vende material audiovisual pornográfico que incita a la pedofilia, la del “médico” que realiza abortos clandestinos, la del funcionario público que se dedica a otra actividad incompatible con el cargo que desempeña y por lo tanto no puede declarar estos ingresos y en fin, un sin número de actividades que no justifican el incremento del patrimonio de una persona, porque por su naturaleza ilícita sus ingresos no se facturan y no se pueden justificar de ninguna manera; así el juzgador que carece de todos los elementos de convicción para acusar por el delito principal, cuente con indicios suficientes para establecer que al menos existe un enriquecimiento ilícito aún cuando éste sea privado.

DELITOS DE RESULTADO

Necesariamente un delito es producto de una acción (conducta de hacer) u omisión (conducta de no hacer); es decir, la acción es un conjunto de movimientos conducentes a producir un resultado y este resultado equivale a una conducta antijurídica es decir delito, por ejemplo, el dar muerte a una persona; en cambio la omisión configura una conducta antijurídica, un delito, por la falta acción; por ejemplo, la madre que no alimenta a su hijo recién nacido y deja morir de hambre.

Al examinar el enunciado anterior podemos notar que un delito se configura por una acción o por una omisión; pero lo más importante, es que el delito se configura al instante; es decir, el Estado lo puede

perseguir inmediatamente, ya que no necesita de ningún requisito para poder sancionarlo.

La presunción de inocencia es una regla tan importante dentro del ordenamiento jurídico, que en ciertas circunstancias cambia el sentido de inmediatez de punibilidad del delito, y para que este pueda ser sancionado necesita de la comprobación conforme a derecho de un delito previo, y esto, es lo que configura un delito de resultado.

Para ser más claro y específico, el delito de resultado es aquel que necesita de la existencia previa de otro delito; por ejemplo, el delito de lavado de activos, sanciona la tenencia y posesión de dinero ilícito; por lo tanto debe probarse la ilicitud del dinero, y para esto, es necesario probar que el dinero proviene de otro delito; por ejemplo, probar que el dinero proviene del narcotráfico, y sabemos que esto solo se prueba con una sentencia ejecutoriada; es decir, tener la certeza que proviene del narcotráfico.

En esta clase de delitos, se necesita, como primer nivel, que se verifique un nexo de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo y la producción del resultado. Dentro de ellos se encuentra el Enriquecimiento Ilícito cometido por los funcionarios públicos, ya que estos manejan fondos del Estado; se lo considera un delito de resultado toda vez que el

acusado, por encontrarse en ejercicio de su derecho a la presunción de inocencia, no tiene que probar la procedencia de sus bienes, sino la Fiscalía probar que sus bienes son producto de otro delito, como el peculado, la concusión y el cohecho; en otras palabras, si no existe ninguno de estos delitos no se puede hablar de enriquecimiento ilícito, por cuanto no se ha probado la ilicitud de los bienes.

DELITOS AUTÓNOMOS

Quiere decir que no sea un delito derivado de otro. Es decir que no sea producto de narcotráfico ni lavado de activos.

En cuanto a los delitos autónomos, Maurach distinguió entre un aspecto material y un aspecto formal. Si bien desde un punto de vista material sería preciso señalar que el delito autónomo se derivaría del delito básico de referencia, desde un punto de vista formal el delito autónomo devendría “una estructura jurídica unitaria de nuevo rango valorativo”, “un concepto autónomo de delito con contenido propio, con vida jurídica propia y con un ámbito especial de eficacia”. En el tipo penal autónomo los elementos integrados en el tipo básico se refundirían para Maurach, en suma, en una nueva unidad cerrada en sí ⁴⁹

⁴⁹ MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, p. 251.

La consecuencia dogmática más importante que se deriva del carácter dependiente o autónomo de un delito es que en la primera de estas dos constelaciones de delitos no caben ni las formas imperfectas de ejecución ni las formas de intervención en el delito distintas a la autoría. Resulta obvio que estas consecuencias dogmáticas no pueden extenderse a todos los delitos distintos, sino únicamente a aquéllos que, además, dependen de otro delito. Carácter distinto y carácter dependiente de un delito son, por tanto, dos aspectos diferentes que pueden concurrir en un mismo delito.⁵⁰

La noción “delito autónomo” aludiría, en cambio, a aquella clase de delitos que se caracterizaría por su independencia en relación con un determinado delito de referencia respecto del cual presentaría, en principio, alguna vinculación.

No tendría que estar asociado a eso para que entre en la categoría de enriquecimiento privado no justificado. ¿Pero qué actividades usualmente generan enriquecimiento ilícito? Generalmente las actividades relacionadas con el narcotráfico.

⁵⁰ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, pp. 36 s.

EL INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO COMO DELITO TRIBUTARIO

El régimen tributario actualmente faculta al Servicio de Rentas Internas, para que, en caso de que exista un “*incremento injustificado de patrimonio*” de cualquier persona, se pueda recaudar el impuesto a lo que se denomina “*renta oculta*”; es decir sobre la renta no declarada de la cual aprovecha el individuo sin haber pagado impuesto.⁵¹

Para ello en la Resolución del SRI No. 1510 (RO/S 497 del 31 de diciembre de 2008), consta el procedimiento y condiciones para presentar la Declaración Patrimonial de Personas Naturales, que permite verificar incrementos patrimoniales que no se justifican con la declaración anual de impuesto a la renta.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OBLIGACIÓN FORMAL DE PRESENTAR LA “DECLARACIÓN PATRIMONIAL”

Hasta ahora la presentación de la Declaración Patrimonial constituía un deber formal para determinar la existencia del incremento de patrimonio no justificado para las personas naturales, con el único propósito de cobrar los impuestos sobre ingresos no declarados.

⁵¹ Art. 82 de Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007.

Si el enriquecimiento privado pasa a ser tipificado como delito, el deber de presentar la “Declaración Patrimonial” pasa a ser inconstitucional, ello en razón del principio por el cual “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”; principio consagrado en la Constitución del Ecuador en el artículo 77, numeral 7, literal c):

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

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

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

Por lo que, la presentación de la Declaración Patrimonial bajo la premisa de que el enriquecimiento privado injustificado sea considerado como delito, sería violatorio de la garantía prevista en el artículo 77 citado. Ya que dicha Declaración Patrimonial va a ser el elemento inculpatario para el inicio de un proceso penal.

IMPOSIBILIDAD DE EXIGIR EL PAGO DE IMPUESTO A LA RENTA PROVENIENTES DE ACTOS ILÍCITOS

Bajo un segundo análisis, cabe la pregunta ¿Puede el Estado financiar su presupuesto derivado de los ingresos generados por “actos ilícitos”? Es decir, por ejemplo, en el caso de un sicario debe el Estado otorgarle un RUC, permiso para emitir facturas y autorización a que presente sus

declaraciones por sus “servicios de sicario”. O las consecuencias de su actividad ilícita son otras no tributarias.

Lo mismo aplica perfectamente a otro tipo de ingresos: los obtenidos por coyoteros, usureros, narcotraficantes, traficantes de armas y tierras, etc.

¿Es admisible que el Estado que prohíbe actividades y que las tipifica como delitos, perciba de éstas ingresos tributarios para financiar su gasto fiscal? Parecería existir un contrasentido, de un lado criminalizar conductas con el propósito de eliminarlas, y de otro, esperar que dichas actividades ilícitas generen más recursos ya que sobre ellos va a financiar su gasto.

¿Podría el Estado enviar a una persona a prisión por el delito de “enriquecimiento privado injustificado” y exigirle a la vez el pago del Impuesto a la Renta derivado de dicha ganancia?

Para Caller Ferreyros, “... es inconcebible que el Estado disfrute el activo económico del delito, y que al mismo tiempo prohíba la conducta que genera dicho ingreso.”⁵²

⁵² MUÑOZ, Ruth “*La Tributación de las Ganancias Ilícitas y el Incremento Patrimonial no Justificado en el Ecuador*” Tesis de Grado para la obtención del Título de Abogado por la Universidad San Francisco de Quito.

De igual manera, no podemos dejar de lado las normas del Código Civil que determina la existencia de objeto ilícito para señalar:

“Art. 1478.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.”

De tal manera que vale reflexionar: ¿Puede existir Hecho Generador; entendido como el presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo⁵³, si la propia Ley califica de delito al ingreso que genera enriquecimiento injustificado?

Ahora bien, eventualmente todos podríamos ser acusados de enriquecimiento injustificado. Por ejemplo, hemos conservado la factura con la que compramos su LCD, DVD o refrigerador. Si no los tenemos ¿Cómo podemos justificar el que esos bienes sean de nuestra propiedad? ¿No podríamos ser acusados de enriquecimiento injustificado?

Es un análisis que hay que hacer para determinar si una vez tipificado el enriquecimiento injustificado como delito, puede el SRI mantener su facultad de auditoría y cobro de impuestos derivado de dicho delito.

⁵³ Artículo 16 del Código Tributario

EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO SE FUNDAMENTA BAJO EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Es una premisa básica de cualquier sistema penal la presunción de inocencia hasta que los hechos no demuestren lo contrario. Así, el señor Silvio Berlusconi, acusado de prostitución de menores y abuso de poder, sigue como presidente del Consejo de Ministros y en libertad, en tanto no sea declarado culpable por un juez sobre unas pruebas que lo inculpen.

Dicho principio está recogido en el numeral segundo del artículo 76 de la Constitución del Ecuador, que dice:

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

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

Sin embargo la figura del “enriquecimiento privado injustificado” parte del principio de que cualquier persona que tenga una riqueza (no importa si es grande o pequeña) es injustificada en cuanto el “acusado” no presente las pruebas que demuestren su inocencia.

Que sucedería en el caso de un abogado. Éste registra en su cuenta corriente un depósito de \$1000 dólares. El mismo es un enriquecimiento (tiene \$1000 dólares que antes no tenía) el mismo es privado (ya que no

se trata de un funcionario público). Cómo el resto de ciudadanos no conoce su origen, el mismo es injustificado.

Supongamos que este ingreso fue realizado por uno de sus clientes por los servicios profesionales de asesoría jurídica. Si por cualquier causa el no puede “demostrar” el motivo de dicha transferencia (p.ej, perdió la factura o simplemente no puede acreditar que realizó el servicio). Como la figura de “enriquecimiento privado no justificado” parte de la premisa de que la persona es culpable hasta que no demuestre o justifique su inocencia, determinando en forma inequívoca y real el origen de esa riqueza, deberá ser sancionada por este delito.

LAS “CONTRADICCIONES” DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional cuando declaró como inconstitucional ⁵⁴ la parte final del artículo 569 del Código Penal en diciembre de 2010, en la parte que consta a continuación subrayada, a saber, “Art. 569.- Será reprimido con reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de América, quien oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte, los bienes, cosas o semovientes, producto del robo o hurto, "o cuya procedencia legal no pueda probarse".

⁵⁴ Resolución de la Corte Constitucional No. 29, publicada en Registro Oficial Suplemento 343 de 17 de Diciembre del 2010.

Declaró la Corte inconstitucional el texto subrayado bajo el siguiente análisis:

“En este sentido, al haber tipificado como infracción el hecho que no se pueda probar por parte del encausado la procedencia legal del bien que detenta, violenta abiertamente el principio constitucional de inocencia e invierte la carga de la prueba, considerando al imputado como culpable mientras no demuestre lo contrario, quebrantando la norma establecida en el artículo 76, numeral 2 de la Constitución de la República”

Lo que causa, por decir lo menos, asombro, es que en menos de dos meses la Corte Constitucional ha cambiado su visión e interpretación del derecho en 180 grados. Y que a diferencia de lo que había resuelto en aquella ocasión, es distinto para el caso del “enriquecimiento privado injustificado” que al entender de la Corte por ser aprobado por la “voluntad popular” convalida la inobservancia del principio de inocencia y “constitucionaliza” la carga de la prueba al ciudadano.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS EXEGÉTICO AL PROYECTO DE TIPIFICACION DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO PRIVADO NO JUSTIFICADO

Es importante mencionar, que este análisis se lo realiza en base al proyecto de discusión y análisis del Código Orgánico Integral Penal que se piensa integrar a la normativa jurídica ecuatoriana en este año.

Artículo 242.- Enriquecimiento ilícito.- *Quien durante su vinculación al estado, haya obtenido para si o tercero un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante interpuesta persona, producto de un uso abusivo o fraudulento de su cargo o función, superior a cuatrocientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionada con pena privativa de libertad de once a quince años y multa de cien a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.*

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

Si el incremento del patrimonio es igual o superior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, la pena privativa de libertad será de siete a once años.

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

Si el incremento del patrimonio es inferior a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años.

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

Comentario: Este artículo ya se encuentra tipificado dentro de la normativa penal ecuatoriana. Como hemos visto anteriormente, el funcionario público adquiere una nueva visión por parte del legislador cuando se lo menciona como “vinculado” al Estado, es decir, también podría decirse o mencionarse como un funcionario público a quien presta servicios profesionales, contratistas, etc. La definición es bastante ambigua, que en nuestra opinión, debería ser revisada para no tener este tipo de inconvenientes en la Ley al tipificarse.

Cuando se habla de 400 remuneraciones básicas del trabajador privado, nos remitimos al valor que se encuentre en ese momento, por ejemplo, al primer semestre del año 2012 ese valor es de US\$264.00. Si este valor lo multiplicamos por 400 que serían las remuneraciones básicas, quedaría en US\$105,600.00 (CIENTO CINCO MIL SEISCIENTOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) el valor impuesto por el Estado para que se cometa el delito de enriquecimiento ilícito, y con pena de 11 a 15 años, y con multas equivalentes a US\$52,800.00 (CINCUNTA Y DOS

MIL OCHOCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADO UNIDOS DE AMERICA).

También es importante conocer el segundo párrafo, el cual menciona claramente que existe el delito de enriquecimiento ilícito no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguidas obligaciones que lo afectaba. Es decir, que el Estado presupone que si de golpe y porrazo un funcionario “vinculado” al Estado cancela deudas y que no puede sustentar su capital para pagarlas, comete el delito pre mencionado.

Si el valor excedente es de 200 remuneraciones, es decir US\$52,800.00 (CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADO UNIDOS DE AMERICA), la pena será de 7 a 11 años.

Si el valor excedente es de 100 remuneraciones, es decir US\$26,400.00 (VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), la pena será de 3 a 5 años.

Sección Tercera

Infracciones contra la administración tributaria

Artículo 246.- 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 extinguidas 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.

Comentario: En el artículo que atañe a nuestro estudio y a nuestra investigación, podemos apreciar que claramente es un delito tributario, el mismo que deberá ser “perseguido” y encauzado por dos entidades gubernamentales, los cuales son el Servicio de Rentas (S.R.I)⁵⁵ y la Fiscalía. Claramente –en este proyecto de Ley- se estipula que las personas que no siendo funcionarios públicos incrementen su patrimonio en actividades lícitas, y no declaradas al SRI , se encauzan o adecuan su tipo penal en este delito en particular.

Cabe para el análisis, que la redacción puede ser ambigua, ya que como lo acotamos en el artículo anterior, puede darse una confusión, ya que el legislador menciona personas que no son funcionarios públicos. Pero como ya observamos, en el delito de enriquecimiento ilícito –que específicamente serían para servidores públicos- se menciona que son vinculados al Estado. Pero ¿en qué radica esta vinculación? ¿Cómo se podría entender quien está vinculado o no? ¿Cuáles son los parámetros para ser Funcionario Público, o solamente “vinculado”? Creemos que en este sentido, debieron haber dejado la palabra “Funcionario Público” para

⁵⁵ En adelante SRI

el delito atañido a ellos, y el término “cualquier persona natural o jurídica” para el delito de enriquecimiento privado no justificado, ya que así no habría esa disyuntiva o cuestionamiento de cómo se manifiesta esa “vinculación” al Estado. Como lo indicamos anteriormente, el hecho de ser contratista del estado, solamente lo vincula, pero no lo hace funcionario público.

Si el valor es menor de 200 remuneraciones, es decir US\$52,800.00 (CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADO UNIDOS DE AMERICA), la pena será de 7 a 9 años y multa de US\$13,200.00 (TRECE MIL DOSCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) a US\$26,400.00 (VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA).

Si el valor excedente es de 200 remuneraciones, es decir US\$52,800.00 (CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADO UNIDOS DE AMERICA), la pena será de 11 a 15 años y multa de US\$26,400.00 (VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA).

Si el valor excedente es mayor a 100 remuneraciones es decir US\$26,400.00 (VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), la pena será de 7 a 11 años y multa de US\$13,200.00 (TRECE MIL DOSCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) a US\$26,400.00 (VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA).

Si el valor excedente es igual o mayor a 100 remuneraciones, es decir US\$26,400.00 (VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), la pena será de 5 a 7 años y multa de 20 remuneraciones US\$5,280.00 (CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) a 50 remuneraciones US\$13,200.00 (TRECE MIL DOSCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA)

Una vez más, también se expresa claramente que existe el delito de enriquecimiento privado ilícito, como para el funcionario público, no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguidas obligaciones que lo afectaba. Es decir, que el Estado presupone que si de golpe y porrazo cualquier ciudadano que cancela deudas y que no puede sustentar su capital para pagarlas, comete el delito pre mencionado.

El último párrafo tiene vital importancia, porque menciona que se considerará para este tipo penal únicamente, es decir, sólo en caso de que estas declaraciones sean superiores a la base establecida para la obligación de presentar declaración patrimonial. Ejemplificando, si una persona declara, por ejemplo sobre el valor diez mil dólares, debe superar ampliamente ese margen en renta no declarada al SRI para poder entrar a la tipicidad del delito.

La pregunta es, ¿dónde quedarán las presuntivas, los recursos de revisión, y demás establecidos en el Código Tributario?

Sección Primera

La acción penal

Artículo 516.- Clasificación.- La acción penal es pública y privada.

Comentario: La palabra acción viene del latín agere, que significa “hacer, obrar”, Podemos entender entonces que la acción pública la tiene el Estado y la acción significa un hacer, por cuanto el litigante pone un movimiento cierto y determinado trámite procesal, lo inicia y lo alienta, para lograr la efectividad de un derecho del cual se considera titular y que ha sido afectado.

Artículo 517.- Ejercicio.- El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente a la Fiscalía.

Comentario: El inciso advierte la facultad para la Fiscalía que el trámite del ejercicio de la acción una vez ocurrida la noticia del delito, sea por parte policial o denuncia corresponde solamente a la Fiscalía, pero si existiese una noticia del delito, sin necesidad de que el ofendido presente denuncia, el fiscal está obligado a tramitarla.

El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querrela.

Comentario: En los delitos de acción privada, ésta deberá ser tramitada previo a la presentación de una acusación particular contentiva contra el causante del presente delito, de lo contrario no hay proceso.

Artículo 518.- Infracciones de acción privada.- Son infracciones de acción privada:

1. *La injuria calumniosa y la no calumniosa grave;*
2. *La usurpación; y,*
3. *El daño ocasionado a bien ajeno, excepto el incendio.*

Comentario: La injuria es un fenómeno social que cometido contra una persona afecta algunos hechos que engloba el Honor, la honra, el buen nombre, etc. Cuando la imputación señala específicamente al injuriado la comisión de un delito previamente establecido en el código penal, el

legislador lo considera que se ha cometido una injuria calumniosa dolosa, y cuando solamente se afecta el buen nombre emitiendo epítetos que denigran a la víctima, estamos frente a una injuria grave. En ambos casos, tiene que ventilarse mediante querrela ante el juez de garantías penales.

La injuria puede ser verbal o escrita, en todo caso la injuria descende de la palabra o de hecho.

Comete injuria verbal, el que denuesta a otro, o le dice palabras con que se tiene por deshonrado, o habla mal de él en su presencia o en su ausencia o le echa en cara o le imputa en viva voz ante otras personas algún yerro que lo expone a la infamia o al desprecio, se valga de si mismo o de otro sujeto y según la trascendencia de las palabras injuriosas incurre en mayor o menor pena.

Comete injuria literal o escrita, el que por medio de cartel, anuncio o escrito u otro documento puesto al público ha mancillado la honra y fama de alguna persona. A este tipo de injuria se le conocía en el pasado como libelo infamatorio.

Dentro de las injurias no calumniosas graves podemos citar casos específicos como por ejemplo, decirle a una persona que es drogadicta,

bastarda o maltratarlos físicamente, haciéndoles saber o evidenciarlo en su círculos familiares, sociales o de trabajo que se dedica al consumo de estupefacientes, que no tiene un padre conocido o asestarle una ofensa de obra, para establecer el penoso acto de que riegue la mala fama y se perjudique con sus amistades o lugar de trabajo.

El honor tiene su asiento en el recto proceder, moral y social, consiste en la apreciación de los demás, pero ninguna persona debe ser por ningún motivo denigrada, pues su honor constituye en el más preciado patrimonio.

Acerca de la usurpación, Ranieri establece que es la remoción o alteración de mojones o linderos para apropiarse, en todo o en parte, de una cosa inmueble ajena. Según este autor los elementos constitutivos de este delito son: la conducta y el sujeto activo, el objeto material y el dolo específico.

En efecto, el sujeto activo sólo puede ser cualquier vecino propietario de un buen inmueble que colinde con el predio que desea apropiarse. La conducta la constituyen los actos materiales que renueven o alteran los mojones que delimitan la propiedad, por consiguiente quien comete un daño a las cercas, sin moverlas de su posición original, no encaja en este delito, encajará en el de destrucción de propiedad privada. Lo sustancial

es que la cerca se mueva hacia adentro del límite del vecino agraviado, para favorecer al usurpador.

En otras palabras, conducta que remueve se refiere al que quita cosas del lugar donde se encuentra por destinación, anulando o haciendo inútil la línea imaginaria. El objeto material sobre el que recae la conducta delictuosa, es la cosa fija e invariable, destinada a indicar permanentemente la línea de separación de la propiedad, por ejemplo, postes de luz, cercas, pilastras, redes metálicas, etc.

El elemento subjetivo, es la voluntad de remover o de alterar los linderos, conociendo su función apta para delimitar propiedades con el fin de apropiarse en todo o en parte una cosa inmueble ajena.

Y en el caso de los daños ocasionados en propiedad privada, se debe tener en cuenta lo siguiente:

1.- Que el daño a la propiedad ajena sea un daño en si mismo, es decir, un perjuicio de destrucción física y de menoscabo a la propiedad real, por consiguiente no necesariamente es un medio con fin de lucro, ya que en ambos casos son conductas con designios distintos. Eso significa que se trate de realizar el daño a la propiedad y punto, sin que exista otra finalidad al cometer el daño a la propiedad privada, por ejemplo al

cometer un daño a la propiedad para hurtar o robar tomo como delito medio el daño a la propiedad privada y como delito fin, el hurto o el robo.

2.- Que no se haya cometido con medios por los cuales degenere en delitos más graves, ya que en estos casos la conducta puede ser absorbida por otros tipos penales. De la misma forma, hay que tener presente que no pase a un delito más grave, por ejemplo para robar no sólo se dañe a la propiedad privada sino que en su trayectoria también se de muerte a una persona para consumar el acto delictual, entonces, ya no se trata de este delito contra la propiedad privada, sino de robo con fractura y latrocinio, donde muere una persona. Además cuando se establece un incendio, solo tiene que considerarlo como acción pública cuyo ejercicio de la misma corresponde al Fiscal.

CAPITULO IV

SUSTANCIACION DEL PROCESO PARA EL DENOMINADO DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO PRIVADO NO JUSTIFICADO

Dentro del proyecto de ley del Código Orgánico Integral Penal, también se encuentra el procedimiento que debe llevarse para los delitos de acción pública. Como ya hemos mencionado anteriormente, este delito de enriquecimiento privado no justificado se lo tramitaría por acción pública, esto es, por medio de la investigación de la Fiscalía.

Por consiguiente, es necesario analizar los puntos y pasos que debería llevar este procedimiento.

TÍTULO V DEL PROCEDIMIENTO

Capítulo Primero Investigación Previa

Sección Primera

La Investigación Previa

Artículo 632.- Finalidad de la investigación previa.- *La investigación previa de la comisión de una infracción como fase pre procesal estará a cargo de la Fiscalía y tiene como finalidad esclarecer los hechos presuntamente delictivos, determinar los elementos suficientes sobre la existencia de la infracción, su nexos causal con alguna persona presuntamente responsable y la identidad de la víctima.*

Comienza con la noticia de la infracción y termina con el ejercicio de la acción penal y la formulación de cargos o con el archivo.

Comentario: Como podemos apreciar, hay una fase pre procesal que se encuentra a cargo de la fiscalía, para poder aclarar los hechos y el nexo causal, la cual como reza el articulado, nace con la noticia de la infracción y termina con la acción penal realizada hasta la sentencia condenatoria o absolutoria, o en su defecto el archivo del proceso.

Artículo 633.- Formas de conocer la infracción penal.- Sin perjuicio de que la Fiscalía inicie una investigación de oficio, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a conocimiento de la Fiscalía por los siguientes medios:

1. *Denuncia:* Toda persona ante la Fiscalía, ante la Policía Investigativa o ante la Policía Nacional podrá denunciar sobre la existencia de una infracción;

Los informes de supervisión que efectúen los órganos de control y que en cumplimiento de las funciones constitucionales y legales deben ser remitidos a la fiscalía: y,

Informe policial: Cuando la policía reciba una denuncia directamente o conozca de la comisión de una infracción, lo pondrá inmediatamente en conocimiento de la Fiscalía, en un plazo máximo de veinticuatro horas.

Comentario: En este articulado, podemos observar lo siguiente: a) que la Fiscalía puede iniciar de OFICIO una investigación; b) que por medio de la denuncia ante la Fiscalía, Policía Investigativa o Policía Nacional, y ésta, al recibirla, deberá remitirla a la Fiscalía en un plazo máximo de 24 horas.

Artículo 634.- Metodología de la Investigación.- Cuando se tenga conocimiento de la existencia de una infracción por los medios previstos en este Libro o por cualquier otro medio:

La Fiscalía asignará a una o un fiscal para que asuma la investigación del caso y asesore a la víctima o sus representantes;

La o el fiscal correspondiente, con el apoyo de la Policía Investigativa cuando lo creyere necesario, trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos; los criterios para evaluar la información, la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados, los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos;

En el desarrollo del programa metodológico de la investigación, la o el fiscal ordenará y realizará todas las actividades investigativas que no impliquen vulneración a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos; y,

Solicitar, cuando fuere el caso, la autorización judicial para realizar las actividades de investigación que impliquen restricción de derechos.

Comentario: El Ministerio público, al tener una denuncia presentada ante su organismo respectivo, asignará a un Fiscal respectivo para que inicie las investigaciones respectivas, realizando metodológicamente los elementos necesarios para llegar a la consecución de la realidad de los hechos acaecidos, siempre y cuando estén enmarcados dentro de los marcos legales establecidos a nivel nacional e internacional.

Artículo 635.- Valor de la investigación.- *Las diligencias investigativas actuadas por la Fiscalía, con la cooperación de la Policía Investigativa constituirán elementos probatorios y tendrán validez para que la o el fiscal sustente sus actuaciones en la instrucción fiscal.*

Comentario: Se toma en cuenta todas las diligencias investigativas como valor probatorio dentro del proceso.

Artículo 636.-Actuaciones fiscales urgentes.- *En los casos de acción pública, en que la inmediata autorización judicial sea indispensable para el éxito de una diligencia, para impedir la consumación de la infracción o los necesarios para conservar los elementos de prueba, la o el fiscal podrá requerir directamente a la jueza o juez de garantías penales*

competente dicha autorización. La autorización podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como fax, correo electrónico, llamada telefónica, entre otros, sin perjuicio de la constancia posterior en el expediente.

Sobre estos actos urgentes y sus resultados la Fiscalía deberá informar, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la jueza o juez de garantías penales competentes que autorizó dichos actos urgentes y si el procedimiento respetó los derechos de la persona investigada.

Comentario: Para actos urgentes, el Fiscal puede pedir al Juez de Garantías Penales dicha autorización, y ésta puede ser solicitada por medios no convencionales en aras de lograr efectivizar la inmediatez y celeridad del acto. De la misma forma, en las 24 horas siguientes, el Fiscal debe informar a la jueza que le otorgó dicha autorización.

Artículo 637.- Reserva.- *Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones de la Fiscalía, de la Función Judicial, de la Policía Investigativa y de otras instituciones y funcionarias o funcionarios que intervengan en la investigación previa, se mantendrán en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general, sin perjuicio del derecho de la víctima, y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados, de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones. El personal de las instituciones mencionadas que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionados conforme a lo previsto en este Código.*

Comentario: Se insiste una vez más en la reserva del proceso y de la indagación previa para terceros y personas ajenas al proceso investigativo. También se menciona sobre sanciones a los funcionarios judiciales que divulguen estas actuaciones atentando al honor y al buen nombre de las personas dentro de las investigaciones.

Artículo 638.- Duración.- *La duración de la investigación previa no podrá superar los siguientes plazos, que se contarán desde la fecha en que la o el fiscal dio inicio a la investigación previa, si fuere a través de denuncia, informe policial o de oficio.*

Así, en las infracciones:

Leves y medias, seis meses; y,

Graves y muy graves, un año.

Transcurridos los plazos señalados en los numerales anteriores, la o el fiscal, en el plazo de diez días, deberá obligatoriamente ejercer la acción penal o archivar la causa, y en caso de no hacerlo, dicha omisión se considerará falta leve de acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial. En caso de existir diligencias o actuaciones posteriores a dichos plazos, por parte de la o el fiscal, éstas no tendrán validez legal alguna.

Comentario: En este artículo, tenemos plazos (todos los días incluyendo fines de semana y feriados) para la duración de la indagación previa, y son los siguientes: Infracciones leves y medias de seis meses; y graves y muy graves un año. Si se transcurren dichos plazos, en 10 días posteriores se debe ejercer la acción penal o archivar la causa respectiva, y si no se lo realiza, será falta grave del funcionario judicial.

Artículo 639.-Finalización.- *La investigación previa deberá finalizar con el ejercicio de la acción penal o el archivo de la causa, en los siguientes presupuestos:*

Cuando se obtengan elementos suficientes para presumir la existencia material de la infracción y el nexo causal que hagan presumir la responsabilidad de la persona investigada y deberá garantizar su derecho a la defensa; y,

Por transcurrir el tiempo máximo determinado en este Libro.

Comentario: Para terminar la investigación previa, esta debe concluir con el ejercicio de la acción penal cuando se obtengan los elementos

suficientes para la existencia de la responsabilidad o el archivo de la causa por transcurrir el tiempo máximo determinado en el libro.

Artículo 640.- Archivo.- *La fiscal o el fiscal declarará el cierre de la investigación y dispondrá su archivo en los siguientes casos:*

Cuando no se encuentren elementos de convicción suficientes para ejercer la acción penal y formular los cargos en contra de una persona;

Cuando no se llegare a establecer que el hecho denunciado constituye infracción;

Cuando exista algún obstáculo legal insubsanable para el desarrollo del proceso; y,

Cuando se trate de infracciones de violencia contra la integridad sexual y reproductiva, violencia intrafamiliar o infracciones de odio, la fiscalía no podrá abstenerse en ningún caso de iniciar la investigación penal.

Comentario: El presente artículo precisa las causas para el archivo de la investigación.

Artículo 641.-Trámite para el archivo.- *En todas las infracciones que lleguen a conocimiento de la Fiscalía por cualquier medio, en tanto no se hubiere formulado cargos, la o el fiscal, por si mismo, podrá disponer el archivo de la investigación. La decisión se comunicará a la víctima o denunciante en el domicilio señalado o a través de su abogada o abogado defensor, quien en el plazo de tres días, podrá objetar el archivo ante la jueza o juez de garantías penales, quien en el plazo de cinco días, convocará a una audiencia y resolverá si procede o no el archivo.*

Si la jueza o juez de garantías penales rechaza la objeción, devolverá el expediente a la o el fiscal para su archivo. Si admite la objeción, ordenará que prosiga la investigación por un plazo improrrogable de treinta días y enviará el expediente al fiscal superior en el plazo de veinticuatro horas, quien delegará a otra u otro fiscal para que continúe con la investigación o en su caso prosiga con la tramitación de la causa.

El archivo fiscal no impide que la investigación se reabra sí, con posterioridad, aparecen nuevos datos o elementos de convicción.

La jueza o juez de garantías penales al ordenar el archivo de la investigación previa, podrá calificar si la denuncia es maliciosa o temeraria.

La resolución de la jueza o juez de garantías penales no será susceptible de impugnación alguna.

Comentario: En este artículo se menciona el trámite del archivo, su posible objeción ante el Juez de Garantías Penales, cuando es temeraria o maliciosa y los plazos para los debidos recursos.

Sección Segunda Etapas de Procedimiento

Artículo 642.- Etapas.- *El procedimiento penal se desarrolla en las siguientes etapas:*

Instrucción;

Evaluación y Preparatoria de Juicio;

Juicio; y,

Impugnación.

Comentario: Tenemos que el procedimiento en si tiene las siguientes etapas después de la investigación: que son la instrucción, evaluación y Preparatoria de Juicio; y la Impugnación, las mismas que serán analizadas posteriormente con mas detenimiento.

Sección Tercera Instrucción

Artículo 643.- Finalidad.- *La instrucción tiene como finalidad determinar los elementos probatorios para acusar o abstenerse de acusar a la persona procesada.*

Esta etapa se inicia con la formulación de cargos por parte de la o el fiscal y termina con el dictamen abstentivo o acusatorio.

Comentario: En esta etapa –consecuente de la de Investigación– determina todos y cada uno de los elementos recabados en la primera etapa para determinar con certeza si estos elementos tienen la calidad suprema para poder acusar o abstenerse de acusar al procesado. Como bien se manifiesta, se inicia con la formulación de cargos por parte del Fiscal encargado y termina con el dictamen que puede ser acusatorio o en su lugar, abstentivo.

Artículo 644.- Reglas.- *La instrucción se realizará conforme a las siguientes reglas:*

1. *El plazo de la etapa de instrucción es de hasta cuarenta y cinco días en todas las infracciones, salvo las infracciones muy graves que durarán hasta noventa días.*

No tendrán valor alguno las diligencias practicadas después del plazo.

En cuanto aparezcan en el proceso datos que hagan presumir la autoría o la participación de una persona en el hecho objeto de la instrucción, la o el fiscal solicitará la vinculación por una sola vez, cuyo plazo será de hasta treinta días improrrogables, contados a partir de la audiencia de vinculación y formulación de cargos de la nueva persona procesada, y que se efectuará dentro del plazo establecido para la instrucción, la cual se llevará a cabo con la participación directa de ésta o con la defensora o defensor particular o público designado;

2. *Cuando la o el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para formular los cargos, dentro de los plazos establecidos para la investigación previa, o cuando la persona ha sido aprehendida en infracción flagrante, solicitará a la jueza o juez competente audiencia de formulación de cargos;*

3. *El juzgado de garantías penales, dentro de las veinticuatro horas subsiguientes, señalará día y hora para la audiencia solicitada, la cual*

deberá realizarse dentro de los cinco días posteriores a la solicitud; y, se notificará a los sujetos procesales;

4. La o el fiscal comunicará a la persona procesada, en audiencia de formulación de cargos, que ha sido imputada como autora o partícipe de una infracción penal y pondrá a su disposición todos los elementos y resultados de la investigación;

5. La o el fiscal realizará la formulación de cargos cuando existan elementos de los que se pueda inferir razonablemente la existencia de una infracción y el nexo causal de que la persona contra quien se formula los cargos podría ser considerada autora o partícipe de una infracción penal;

6. A la audiencia de formulación de cargos deberá comparecer la o el fiscal y la persona procesada o la defensora o defensor público, que actuará siempre que no compareciere la defensora o defensor privado;

7. No impedirá la realización de la audiencia, el desconocimiento, respecto del -lugar o domicilio en que deba notificarse a la persona o personas contra quien se vaya a formular cargos: y en todo caso la audiencia se desarrollará con la intervención del defensor público, para garantizar el derecho a la defensa;

8. En esta audiencia, si la víctima considera pertinente, solicitará fundamentadamente a la fiscalía la conversión de la acción, y la persona procesada podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, así como cualquiera de los derechos y garantías de que se crea asistido, en la forma y términos previstos en la Constitución y este Libro.

9. La resolución de la instrucción fiscal, con todo el contenido de la audiencia quedará registrado en el expediente electrónico, o por cualquier otro medio magnetofónico o registro tecnológico; y,

10. Si dentro de la investigación previa la fiscalía determinara que se trata de infracciones de crimen organizado, trata de personas, producción y tráfico de narcóticos a gran escala, lavado de activos, sicariato y contra el patrimonio cultural, remitirá el expediente a la Unidad Especializada de la Fiscalía, para que se realice la formulación de cargos ante la jueza o juez de garantías penales nacional especializado competente.

Comentario: Lo importante en esta etapa son los plazos: 45 días en todas las infracciones y solamente en las más graves, 90 días. No se tendrán por válidas las diligencias realizadas con posterioridad a estos plazos. Si se encontrara indicios de culpabilidad, se solicitará audiencia de vinculación en el plazo de 30 días, pero estando dentro de los plazos de la Instrucción.

Si es delito flagrante o tenga los indicios establecidos de culpabilidad, el Fiscal pedirá que se llame a audiencia de formulación de cargos, la cual se señalará en las 24 horas posteriores y se las realizará dentro de los 5 días posteriores a su señalamiento.

Después, la tramitología de la audiencia está claramente expresada. Solamente si se tratara de delitos crimen organizado, trata de personas, producción y tráfico de narcóticos a gran escala, lavado de activos, sicariato y contra el patrimonio cultural, remitirá el expediente a la Unidad Especializada de la Fiscalía, para que se realice la formulación de cargos ante la jueza o juez de garantías penales nacional especializado competente.

Artículo 645.- Principio de objetividad.- *En el ejercicio de su función, las y los fiscales adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley y el respeto de los derechos de las personas. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual importancia no sólo los hechos y circunstancias que funden o*

agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen.

Comentario: El Fiscal debe remitirse a su criterio utilizando todos los principios a su alcance y hasta una sana crítica para poder adecuar su objetividad dentro del caso planteado.

Artículo 646.- Audiencia de formulación de cargos.- *Para la formulación de cargos, la o el fiscal deberá consignar en su pronunciamiento lo siguiente:*

- 1. La individualización de la persona procesada, incluyendo sus nombres completos, los datos que sirvan para identificarla y el domicilio;*
- 2. La relación clara, sucinta, precisa y circunstanciada del hecho punible que presuntamente se le atribuye a la persona procesada;*
- 3. Los elementos y resultados de la investigación que le sirven como fundamento jurídico para formular los cargos;*
- 4. La expresión precisa de los preceptos jurídicos aplicables; y,*
- 5. La solicitud de estimar pertinente, las medidas cautelares.*

La audiencia de formulación de cargos seguirá las reglas comunes para toda audiencia y en los casos de infracción flagrante, se seguirá lo establecido en este Libro.

Comentario: Dentro de este artículo, se señalan el contenido del pronunciamiento del Fiscal, y dentro de estos parámetros lograr las puntualizaciones necesarias para lograr una Audiencia dentro de los parámetros normales.

Artículo 647.- Actividades investigativas en la instrucción.- *Con sujeción a los principios del debido proceso, los sujetos procesales gozan de libertad para conseguir los elementos que sustenten su teoría del caso,*

para lo cual podrán ejercer todas las actividades investigativas y utilizar los medios de prueba, con las restricciones establecidas en este Libro.

La persona procesada puede presentar a la o el fiscal los elementos de descargo que considere convenientes para su defensa. Si para obtenerlos se requiere de orden judicial, la o el fiscal la obtendrá de la jueza o juez de garantías penales;

La víctima puede solicitar a la o el fiscal los actos procesales que considere necesarios para comprobar la existencia de la infracción, así como la responsabilidad de la persona procesada. Si para obtenerlos se requiere de orden judicial, la o el Fiscal la obtendrá de la jueza o juez de garantías penales.

Comentario: En este artículo se entrega una potestad a él o los procesados para que puedan desvirtuar el grado de participación que el Fiscal le ha procesado durante la Instrucción. Aquí nace un derecho inalienable, el cual es el derecho a la Defendibilidad, el cual sería suficiente para justificar el derecho del procesado para exigir no solamente del Fiscal sino también del Juez, que se le permita durante la etapa de la Instrucción demostrar elementos de descargo sobre la presunta participación que le han demostrado.

Cuando el ofendido presente o haya presentado pruebas de descargo por una participación delictual del procesado, se entiende que existe una mayor oportunidad para que los elementos de descargo puedan tener una paridad de medios probatorios en su aceptación de discrepancia con lo presentado por la víctima.

Artículo 648.- Persona procesada con síntomas de enfermedad mental.- *Si la persona procesada mostrare síntomas de enfermedad*

mental, la o el fiscal ordenará su inmediato reconocimiento, para cuyo fin nombrará y posesionará a dos médicos psiquiatras, quienes presentarán su informe por escrito, en el plazo que determine la o el fiscal; mientras tanto, no se le recibirá su declaración.

Si el informe pericial establece que la enfermedad mental es transitoria, la o el fiscal postergará la recepción de la versión hasta el restablecimiento de la persona procesada y proseguirá la substanciación de la instrucción.

Si el informe establece que la enfermedad mental es permanente, la o el fiscal remitirá un informe a la jueza o juez de garantías penales junto con la documentación respectiva a fin de que ordene el internamiento previsto en este Código. De ser del caso, la o el fiscal continuará con la etapa de la instrucción.

Comentario: En el primer inciso se revela la potestad legislativa para el Fiscal de ordenar el reconocimiento siquiátrico cuando se percate que existe alguna alteración en la personalidad del sospechoso o procesado. Hay alteraciones síquicas y enfermedades mentales que el Fiscal debe advertir cuando recepta una versión durante la indagación previa o la instrucción Fiscal.

Dependiendo del delito, el Fiscal debe examinar durante las investigaciones ciertos factores que lo correlacionan con los síntomas de las personas que presuntamente se involucran en la infracción que se pesquisa. Entre aquellas, el Fiscal debe examinar si aquellas desviaciones responden a fenómenos disociativos o confusionales, a alucinaciones o delirios, ante ello no puede ni debe el Fiscal anticiparse sino buscar la pericia para ver cuál es el resultado de esas alteraciones.

Los peritos deben someterlo a un examen somático, funcional y psicológico, pues la idea es establecer el rompimiento o calificar la conducta irregular que produce actos desordenados

En el segundo inciso se refiere a un informe pericial de una enfermedad transitoria, se advierte que los inimputables son peligrosos para la comunidad en general. Esta peligrosidad tiene que verse desde su origen hasta su posterior evolución, pues la idea de la peligrosidad del sujeto activo de un delito surge precisamente con la finalidad de establecer un fundamento jurídico para la adaptación legal como medida de seguridad a la personalidad del presunto infractor, de allí que ésta se, para el sujeto inimputable, viene vinculada con la peligrosidad que represente.

Sección Cuarta

Etapas de evaluación y preparatoria de juicio

Artículo 649.- Finalidad.- *Esta etapa tiene como finalidad evaluar las investigaciones realizadas en la fase de Instrucción fiscal. Comenzará con la acusación o abstención de la o el fiscal y terminará con la preparatoria del juicio o sobreseimiento. Si no se dictare sobreseimiento se procederá a delimitar los temas a debatirse en el juicio oral, ordenar las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio, excluir los Indicios probatorios que fueren ilegales e innecesarios; y, precautelar los derechos de la persona procesada y de la víctima.*

Comentario: Como su mismo nombre lo indica, es una etapa en la que se evaluará el trabajo dentro de la instrucción Fiscal. Si no se dicta el

sobreseimiento, se comenzará con el ordenamiento de pruebas a presentarse en el juicio oral, excluir indicios ilegales y demás actuaciones que el Fiscal deba emitir o realizar.

Artículo 650.- Reglas.- *En esta etapa se seguirán las siguientes reglas:*

Cuando la o el fiscal decidiera acusar:

1. *Si la fiscalía decidiera acusar, deberá solicitar dentro del plazo de la instrucción fiscal, a la jueza o juez de garantías penales, se fije día y hora para la audiencia.*

El señalamiento de día y hora para la audiencia, deberá ser notificado a los sujetos procesales dentro de las veinticuatro horas de recibida la petición, y que se efectuará dentro de los cinco días siguientes a la notificación; y,

2. *Si la fiscalía no solicitare la audiencia dentro del plazo de la instrucción, la jueza o juez, al término de dicho plazo, de oficio convocará a la audiencia y requerirá a la o el fiscal para que manifieste su decisión, debiendo comunicar dicha omisión al Consejo de la Judicatura.*

Comentario: Tenemos dos instancias aquí: la primera es si el Fiscal decide acusar: tiene que solicitar la audiencia, este señalamiento debe ser notificado a las partes en 24 horas de recibida la petición y efectuada 5 días posteriores a la notificación. También hay la potestad de que el juez de oficio la convoque al término del plazo, si es que el fiscal no la solicita.

Cuando la o el fiscal decidiera abstenerse de acusar:

1. *Si la fiscalía decidiera abstenerse de acusar deberá solicitar dentro del plazo de la instrucción fiscal, a la jueza o juez de garantías penales que se fije día y hora para la audiencia;*

2. *El señalamiento de día y hora para la audiencia, deberá ser notificado a los sujetos procesales dentro de las veinticuatro horas, la misma que se efectuará dentro de los cinco días siguientes a la notificación;*
3. *En el caso de que la investigación se trate de una infracción grave o muy grave, la jueza o juez de garantías penales elevará la abstención a consulta del fiscal superior, para que, ratifique el pronunciamiento de la o el fiscal inferior o lo revoque, en un plazo máximo de diez días; en los demás casos la jueza o juez de garantías penales deberá dictar auto de sobreseimiento según corresponda;*
4. *Si la o el fiscal superior al absolver la consulta a la que se refiere el numeral anterior se ratifica en el pronunciamiento del fiscal inferior, la jueza o juez de garantías penales deberá dictar el auto de sobreseimiento correspondiente. Si la o el fiscal superior revoca el pronunciamiento del inferior, la jueza o juez de garantías penales sustanciará la causa con la intervención de una o un fiscal distinto del que inicialmente se pronunció por la abstención y que será delegado por el fiscal superior, quien sustentará la acusación en una nueva audiencia, que se efectuará dentro de los cinco días subsiguientes. De ratificarse el dictamen abstentivo, dictará el auto de sobreseimiento que corresponda;*
5. *Si en la audiencia la o el fiscal emitiera un dictamen acusatorio para unos y abstentivo para otros, se suspenderá la audiencia, y enviará en el plazo de veinticuatro horas el expediente en consulta al Fiscal Superior, conforme lo dispuesto en el numeral anterior. De ratificarse el dictamen, se dictará en el auto correspondiente. Si la o el fiscal superior revoca el pronunciamiento del inferior, la jueza o juez de garantías penales sustanciará la causa con la intervención de una o un fiscal distinto del que inicialmente se pronunció por la abstención, quien sustentará la acusación en una nueva audiencia, que se efectuará dentro de los cinco días siguientes de recibido el expediente.*

Comentario: Si el Fiscal decide no acusar, tiene que realizar el mismo procedimiento para acusar, esto es tiene que solicitar la audiencia, este señalamiento debe ser notificado a las partes en 24 horas de recibida la petición y efectuada 5 días posteriores a la notificación. Si se trata de una

infracción grave o muy grave, tendrá que elevarse a consulta al Fiscal superior para que la ratifique o la revoque, realizando la misma acción con un diferente fiscal.

Parágrafo Primero Del Sobreseimiento

Artículo 651.-Finalidad.- *Cuando la fiscalía concluya que no existen datos relevantes sobre la existencia de la infracción, o si frente a la existencia del hecho, la información obtenida no es concluyente para formular acusación se abstendrá de hacerlo, y solicitará a la jueza o juez de garantías penales dicte auto de sobreseimiento provisional o definitivo de la persona procesada y del proceso o únicamente de la persona procesada según corresponda. En caso de haber pluralidad de personas procesadas, de haber evidencia suficiente para acusar a unos y no a otros, la o el fiscal emitirá acusación y se abstendrá respectivamente.*

Comentario: El artículo es clarísimo. Si no se tienen elementos acusatorios al procesado por parte de la Fiscalía, ésta debe solicitar al Juez de Garantías Penales que dicte el auto de sobreseimiento provisional o definitivo de la persona o personas dentro del proceso.

Artículo 652.- Sobreseimiento provisional.- *Si la jueza o Juez de garantías penales considera que los elementos en los que el Fiscal ha sustentado la presunción de existencia de la infracción o la participación de la persona procesada, no son suficientes, dictará auto de sobreseimiento provisional bien sea del proceso, bien de la persona procesada, o de ambos, declarando que, por el momento, no puede continuarse con la etapa del juicio.*

Comentario: Si no se tienen elementos acusatorios al procesado por parte de la Fiscalía, el Juez de Garantías Penales dictará el auto de sobreseimiento provisional de la persona o personas o del proceso en sí.

Artículo 653.- Sobreseimiento definitivo.- *El sobreseimiento del proceso y de la persona procesada será definitivo cuando la jueza o juez de garantías penales concluya que los hechos no constituyen infracción, o que los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de la infracción.*

La jueza o juez de garantías penales dictará también auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de la persona procesada; si encuentra que se han establecido causas de justificación que eximan de responsabilidad a la persona procesada.

Comentario: Si no se tienen elementos que constituyan infracción al procesado por parte de la Fiscalía, el Juez de Garantías Penales dictará el auto de sobreseimiento definitivo de la persona o personas o del proceso en sí.

Artículo 654.- Sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del procesado.- *Si la jueza o juez de garantías penales hubiere llegado a la conclusión de que los elementos que permiten presumir la existencia de la infracción son suficientes, pero no existen indicios de responsabilidad de la persona procesada, dictará auto de sobreseimiento provisional del proceso y definitivo a favor de la persona procesada.*

Comentario: Pueden darse dos casos sui generis: puede darse la existencia de la infracción pero no de responsabilidad del procesado, se sobresee a éste definitivo y provisionalmente al proceso.

Artículo 655.- Sobreseimiento por falta de acusación fiscal.- *Así mismo la jueza o juez de garantías penales, en mérito de la instrucción fiscal, dictará el correspondiente sobreseimiento provisional o definitivo, del proceso o de la persona procesada, si la Fiscalía sé ratificare en su decisión de no acusar.*

Comentario: El artículo es claro. Si el Fiscal se ratifica en su decisión de no acusar, el Juez de Garantías Penales dictará el sobreseimiento provisional o definitivo del proceso o de las personas procesadas.

Artículo 656.- Calificación de la denuncia y la acusación.- *La jueza o juez de garantías penales que dicte sobreseimiento definitivo declarará si la denuncia o la acusación particular han sido temerarias o maliciosas. El condenado por temeridad pagará las costas judiciales, así como la indemnización por daños y perjuicios.*

En caso de que la jueza o juez de garantías penales también las hubiere calificado de maliciosas, la o el acusador o la o el denunciante responderán por la infracción prevista en el Libro Segundo.

Comentario: Si la acusación resultare no dada, es decir, se sobresea del proceso y del procesado, se declarará dicha denuncia como temeraria y maliciosa pagando costas judiciales así como indemnización por daños y perjuicios por cuerda separada.

Artículo 657.- Efectos del sobreseimiento.- *Sea provisional o definitivo el sobreseimiento del proceso o de la persona procesada, la jueza o juez de garantías penales revocará el auto de prisión preventiva y ordenará la inmediata libertad de la persona procesada si estuviere bajo prisión preventiva, sin perjuicio de que se vuelva a ordenarla si el auto de sobreseimiento fuere revocado, o si siendo provisional, resultaren nuevos cargos contra la persona procesada.*

El sobreseimiento definitivo del proceso da fin al juicio y, en consecuencia, impide iniciar otro por el mismo hecho. El sobreseimiento definitivo de la persona procesada, impide que ésta, en el futuro, pueda volver a ser enjuiciada en el mismo proceso o en otros que se inicien por el mismo hecho.

El sobreseimiento provisional del proceso suspende la sustanciación del mismo durante dos años; y, el sobreseimiento provisional de la persona

procesada lo suspende por un año. Estos plazos se contarán desde la fecha de expedición del respectivo auto de sobreseimiento.

Comentario: Dentro de los efectos del sobreseimiento, tenemos la terminación del juicio, la revocación del auto de prisión preventiva, la libertad de la persona, que se lo juzgue por el mismo proceso o hecho.

El sobreseimiento provisional del proceso suspende su sustanciación por dos años, y de la persona, un año.

Artículo 658.- Nueva acusación.- *Dentro de los plazos a los que se refiere el artículo anterior y sobre la base de nuevas investigaciones, la o el fiscal podrá formular una nueva acusación.*

Comentario: Aún estando en sobreseimiento provisional, el Fiscal podrá formular una nueva acusación.

Artículo 659.- Sobreseimiento en firme.- *Si se hubieran cumplido los plazos a los que se refiere el artículo referente a los efectos del sobreseimiento y no se hubiere formulado una nueva acusación, la jueza o juez de garantías penales dictará auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de la persona procesada, a petición de parte o de oficio, observando lo prescrito en este Libro.*

Comentario: Si esta dentro del sobreseimiento definitivo, y no se hubiera iniciado una nueva acusación por parte de la fiscalía, el Juez de Garantías emitirá auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de la persona procesada a petición de parte u de oficio.

Artículo 660.- Acciones por denuncia o acusación temerarias o maliciosas.- Si la denuncia o la acusación particular han sido calificadas en el auto de sobreseimiento definitivo como maliciosas o temerarias el que obtuvo a su favor el sobreseimiento podrá ejercer contra la o el denunciante o la o el acusador, las acciones respectivas conforme a lo establecido en este Código.

Comentario: Se podrá iniciar acciones legales pertinentes contra los iniciadores de denuncias temerarias o maliciosas cuando el sobreseimiento definitivo así lo haya dictado.

Parágrafo Segundo

Audiencia preparatoria de juicio

Artículo 661.- Procedencia.- Concluido el plazo establecido en la Ley, cuando la o el fiscal estime que los resultados de la investigación proporcionan datos relevantes sobre la existencia de la infracción y fundamento grave que le permita deducir que la persona procesada es partícipe de la infracción, emitirá dictamen acusatorio y requerirá a la jueza o juez de garantías penales que convoque a audiencia.

Comentario: Siempre y cuando se haya deducido dictamen acusatorio por parte de la Fiscalía, el Juez de Garantías Penales debe convocar a la Audiencia Preparatoria de Juicio.

Artículo 662.- Contenido de la acusación fiscal.- La acusación fiscal deberá contener en forma clara y precisa los siguientes presupuestos:

1. La relación circunstanciada de los hechos atribuidos de la infracción y su calificación jurídica;
2. La individualización de la persona o personas acusadas y su grado de participación en la infracción;
3. La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aún subsidiariamente de la petición principal;

4. *La expresión de los preceptos legales y constitucionales aplicables que sancionan el acto por el que acusa;*
5. *El señalamiento de los medios de prueba de que la fiscalía pensare valerse en el juicio; y,*
6. *La solicitud de aplicación de medidas cautelares no dictadas hasta el momento, o la ratificación, revocación, o sustitución de las medidas cautelares dispuestas con antelación.*

Sí, de conformidad a lo establecido en este artículo, la o el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos, y señalando, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. En la misma audiencia deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades.

La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formulación de cargos, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

Comentario: En este artículo, podemos observar que debe contener la acusación del Fiscal, son requisitos sine qua non para que dicha acusación esté enmarcada en legalidad.

De la misma forma, se manifiesta que si se necesitare testigos y peritos, debe mencionarlos individualizándolos sobre qué tema detallado deben rendir su testimonio.

Artículo 663.- Audiencia preparatoria del juicio.- *Para la sustanciación de la audiencia preparatoria de juicio, se seguirán las reglas comunes a las audiencias y se seguirán, además, las siguientes reglas:*

1. *Instalada la audiencia, la jueza o juez consultará a los sujetos procesales para que se pronuncien sobre los vicios formales respecto de lo actuado hasta ese momento procesal, los mismos que, de ser posible, serán subsanados en la misma audiencia;*

2. Consultará a los sujetos procesales, si hay cuestiones referentes a la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso. Se declarará la nulidad solamente si la causa que la provoca tuviere influencia en la decisión del proceso y a partir del acto procesal que lo invalida. Si se declara la nulidad, se lo hará a costa de la servidora o servidor judicial u órgano jurisdiccional que lo hubiere provocado;
3. La fiscalía expondrá los fundamentos de su acusación;
4. La víctima podrá, a través de su abogada o abogado adherirse a la acusación fiscal o si no estuviere conforme acusar en forma particular.
En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación de la persona acusada, solicitar otra pena o ampliar la acusación de la Fiscalía, extendiéndola a hechos o a personas acusadas distintas, siempre que hubieren sido objeto de la formulación de cargos;
5. La persona procesada podrá señalar los vicios que adoleciere la acusación, requiriendo su corrección y pronunciarse sobre la legalidad de los indicios probatorios en que se sustenta la acusación. En caso de que los indicios probatorios hayan sido obtenidos de manera ilegal, la jueza o juez ordenará su exclusión como medio probatorio. Además, señalará los indicios de prueba que sustente sus intereses y pretensiones;
6. Las partes podrán exponer las excepciones previas por incompetencia, litis pendencia, cosa juzgada o extinción de la responsabilidad penal.

Concluida la acusación, si a criterio de la jueza o juez de garantías penales no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, ni acoge las excepciones señaladas por los sujetos procesales, continuará la audiencia y dará paso a la preparatoria del juicio, para lo cual los sujetos procesales deberán:

1. Anunciar la totalidad de las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juzgamiento, cada una tendrá derecho a formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimaren relevantes referidos a la oferta de prueba realizada, por los demás intervinientes;

2. *Manifiestar si tienen interés en realizar acuerdos probatorios. Los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo consenso entre las partes, o a petición de una de las partes cuando el hecho sea evidente o innecesario reproducirlo, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para que rindan testimonio sobre los informes presentados;*
3. *Solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este Libro, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba;*
4. *La jueza o juez de garantías penales deberá pronunciarse rechazando la objeción o aceptándola, y en este último caso declarará qué evidencias son ineficaces hasta ese momento procesal; excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este Libro, las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y este Código.*
5. *Cuando la jueza o juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión;*
6. *En ningún caso la jueza o juez de garantías penales podrá decretar la práctica de pruebas de oficio;*
7. *Concluida la audiencia preparatoria de juicio, la jueza o juez de garantías penales anunciará de manera verbal a los presentes su resolución, la que se considerará como notificada en el mismo acto. Se conservará la grabación de las actuaciones y exposiciones realizadas en la audiencia;*
8. *Se sentará la razón de la realización de la audiencia, que recogerá la identidad de los comparecientes y la resolución de la jueza o juez de garantías penales; y,*
9. *El expediente electrónico formado, se remitirá al tribunal de garantías penales competente para que conozca la etapa de juzgamiento.*

Comentario: Este artículo manifiesta en exceso de claridad el procedimiento de apertura del juicio con la participación de los sujetos procesales, si existen o no vicios de forma o procedimiento, dando apertura para las nulidades si lo existieren. De no haberlas, se continuará con la sustanciación de la Audiencia poniendo de manifiesto las pruebas concernientes, las cuales podrán ser aprobadas o impugnadas de la misma manera. Ningún juez puede decretar pruebas de oficio. Luego del esto el juez pronunciará su resolución, la cual quedará legalmente notificada en dicho acto a las partes.

Sección Quinta Etapa de Juicio

Parágrafo Primero Instalación

Artículo 664.- Finalidad.- *Esta etapa tiene como finalidad practicar los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada o acusada. La audiencia comienza con los alegatos de apertura y termina con la declaración de la sentencia.*

Comentario: Como bien se manifiesta en este artículo, se procede a confirmar la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, comenzando con los alegatos de las partes y terminando con la sentencia dictada por el Juez de Garantías Penales.

Artículo 665.- Necesidad de la acusación.- *La etapa de juicio se sustanciará a base de la acusación fiscal. Si no hay acusación fiscal, no hay juicio.*

Comentario: Un principio básico. Sin la acusación, no hay juicio.

Artículo 666.- Instalación y suspensión.- *La jueza, juez o tribunal de garantías penales solo podrá declarar instalada la audiencia de juicio con la presencia de la o el fiscal, el acusador particular si lo hubiere, la defensora o defensor, privado o público y la persona procesada, salvo el caso previsto en este Libro, referente a las audiencias telemáticas.*

La jueza o juez de garantías penales podrá decretar recesos, máximo por dos horas, cuando no comparezca una o un testigo o una o un perito y podrá hacerle comparecer por medio de la fuerza pública.

Comentario: Se manifiesta que se puede declarar la audiencia instalada con la presencia de los sujetos procesales adecuados. Sin éstos, sería imposible iniciar la audiencia.

En tanto de los testigos o peritos, podrán hacerse recesos de hasta dos horas para luego hacerlos comparecer por la fuerza pública en caso de ser necesario.

Artículo 667.- Presentación del caso.- *El día y hora señalados, la jueza, juez o tribunal de garantías penales instalará el juicio oral, previa verificación de la presencia de las partes procesales. Concederá la palabra tanto a la fiscalía como a la defensa de la persona procesada y la víctima para que respectivamente presenten sus alegatos de apertura, antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas.*

Comentario: Se instaura el orden del uso de la palabra. En primer lugar la fiscalía, luego la defensa del procesado y luego de la víctima para presentar alegatos de apertura. Luego de estos, se presentaran y practicarán las pruebas necesarias.

Parágrafo Segundo Práctica de pruebas

Artículo 668.- Práctica de pruebas testimoniales y periciales.-

Después del alegato de apertura, la jueza, juez o tribunal de garantías penales procederá a ordenar la práctica de las pruebas comenzando por las testimoniales y las solicitadas por la Fiscalía, víctima y luego por la defensa. Se observarán las normas previstas para las audiencias de este Libro, y las siguientes reglas:

Durante la audiencia, las personas que actúan como peritos y testigos deberán prestar juramento y ser interrogadas personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, salvo el caso de prueba anticipada. La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes procesales;

Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes procesales. Los interrogatorios serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por las restantes.

- 1. Si en el juicio intervinieren como acusadores la Fiscalía y la abogada o abogado que representa a la víctima, o el mismo se realizare contra dos o más personas procesadas, se concederá sucesivamente la palabra a todos los acusadores o a todas las personas acusadas, según corresponda;*
- 2. Las juezas o jueces que conforman el tribunal de garantías penales podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus testimonios;*
- 3. Antes de declarar, las y los peritos y las y los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, ni oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia;*
- 4. El parte policial por infracciones de tránsito, debe contener una relación detallada y minuciosa del hecho y sus circunstancias, incluyendo croquis y de ser posible, fotografías que evidencien el lugar del suceso y los resultados de la infracción;*
- 5. Los organismos u agentes policiales correspondientes, remitirán a la o el fiscal de su jurisdicción, los partes policiales y demás*

documentos relativos a la infracción, en el plazo de veinticuatro horas bajo la responsabilidad legal de dichos jefes o quienes hagan sus veces;

- 6. Para la sustanciación de los procesos penales de tránsito, la jueza o el juez considerará el parte policial como un elemento informativo o referencial; y,*
- 7. La diligencia de reconocimiento pericial de los vehículos ordenada por la o el fiscal será practicada dentro del plazo de setenta y dos horas, contadas desde que la o el fiscal recibe el parte policial correspondiente. Posteriormente al reconocimiento pericial se entregará el automotor a su propietario o su representante.*

Comentario: Se propondrán las pruebas primero de la fiscalía, víctima y luego del procesado. Luego de esto vienen las declaraciones de testigos y peritos en el mismo orden, los mismos que podrán ser objeto de preguntas por las partes procesales y por los jueces de la audiencia.

Artículo 669.- Exhibición de documentos, objetos y otros medios.- *La prueba introducida se practicará de conformidad con las siguientes reglas:*

- 1. Los documentos serán leídos en su parte pertinente y exhibidos, con indicación de su origen;*
- 2. Los objetos que constituyeren indicios de prueba deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes;*
- 3. Las grabaciones, los indicios de prueba audiovisuales, informáticos o electrónicos, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes;*
- 4. La jueza, juez o tribunal de garantías penales podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciere conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido; y,*
- 5. Todos estos medios deberán ser exhibidos a la persona procesada, a las y los peritos o a las y los testigos durante sus declaraciones, para que los reconocieren o se refirieren a su conocimiento.*

Comentario: Para la exhibición de documentos, grabaciones de cualquier tipo deben ser mostrados a las partes, para poder ser examinados.

Artículo 670.- Prohibiciones.- *No se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral:*

1. *Actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado derechos o garantías fundamentales; y,*
2. *Ningún antecedente relacionado con las sesiones de mediación penal.*

Comentario: Ningún acta con declaración de nulidad de vulneración de derechos o antecedentes de mediación penal serán admitidos como medios de prueba en el juicio.

Artículo 671.- Prueba no solicitada oportunamente.- *A petición de alguna de las partes, la jueza, juez o tribunal de garantías penales podrá ordenar la recepción de pruebas que no se hubiere ofrecido oportunamente, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

1. *Quien la solicite justificare fehacientemente no haber sabido de su existencia-sino hasta ese momento;*
2. *Que la prueba solicitada fuere determinante en el resultado final del proceso; y,*
3. *Que se garantice el derecho de todas las partes a solicitar la exclusión de la prueba.*

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, la jueza, juez o tribunal de garantías penales podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

No se podrá solicitar nuevas pericias que ya han sido ordenadas y practicadas en la fase de instrucción fiscal.

La prueba pericial y documental que forman parte de la instrucción fiscal, no deberán ser reproducidas nuevamente en la etapa de juicio.

Comentario: Se pueden pedir pruebas no anunciadas en el juicio únicamente cuando ésta sea determinante en el resultado final proceso, cuando se determinara fehacientemente que se desconocía de aquella y que se pueda excluir por parte de las partes, garantizando ese derecho.

Parágrafo Tercero Alegatos

Artículo 672.- Alegatos.- *Concluida la fase probatoria del juicio, la jueza, juez o tribunal de garantías penales concederá la palabra para alegar sobre la existencia de la infracción, la responsabilidad del procesado y la pena aplicable, de acuerdo al siguiente orden y disposiciones:*

- 1. La o el fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, determinando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación;*
- 2. A continuación se dará el uso de la palabra a la víctima, quien podrán presentar su alegato;*
- 3. Finalmente, la defensa expondrá sus argumentos, los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriere la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados;*
- 4. La jueza, juez, o tribunal de garantías penales delimitará en cada caso la extensión máxima de los argumentos de conclusión, en atención al volumen de la prueba vista en la audiencia pública y la complejidad de los cargos resultantes de los hechos contenidos en la acusación; y.*
- 5. Una vez presentados los alegatos, la jueza, juez o tribunal de garantías penales declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos horas para*

anunciar la sentencia oral sobre la responsabilidad penal, la pena y la reparación integral.

Comentario: Dentro de los alegatos, iniciará el Fiscal, luego la víctima y luego la defensa. El juez o tribunal delimitará el tiempo según sea el caso. Y una vez presentados los alegatos y las réplicas necesarias, decretando un receso de hasta dos horas para anunciar la sentencia oral, la pena y la reparación integral.

Artículo 673.- Decisión.- *La decisión sobre la responsabilidad penal, la pena y la reparación integral a la víctima deberá ser pronunciada oral, pública y motivadamente y deberá contener:*

- 1. La individualización de la responsabilidad penal y la pena de cada una de las personas procesadas, cuando hubiere más de una;*
- 2. La referencia a los cargos contenidos en la acusación y a las solicitudes y argumentos hechos en los alegatos finales;*
- 3. El señalamiento de la infracción por la cual se halla a la persona culpable o se ratifica su inocencia. La persona acusada no podrá ser declarada culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por los cuales no se ha solicitado condena;*
- 4. Una vez declarada la responsabilidad penal y la pena el juez dispondrá la reparación integral de la víctima siempre que está sea identificable;*
- 5. En caso de que se ratifique la Inocencia en relación a la totalidad de los cargos consignados en la acusación, la jueza, juez o tribunal de garantías penales dispondrá la inmediata libertad de la persona acusada; si estuviere privada de ella, levantará todas las medidas cautelares impuestas y librárá sin dilación las órdenes correspondientes. La orden de libertad procederá inmediatamente aún cuando no se haya ejecutoriado la sentencia y se hayan interpuesto recursos; y,*
- 6. Si la razón de la decisión fuere excluir la culpabilidad por las causales determinadas en este Código, la jueza, juez o tribunal de*

garantías penales dispondrá la medida de seguridad apropiada, siempre que se haya probado la existencia de la infracción.

Comentario: En este artículo podemos ver detenidamente como debe ser puesta la sentencia. Esta debe ser motivada fundamentando en que se basa, individualizar la relación penal a cada una de las personas; luego se declarará la culpabilidad penal y la reparación integral que debe darse a la víctima.

En el caso de ratificarse la inocencia, pues se deberá levantar todas las medidas cautelares impuestas, ordenará la inmediata libertad del acusado.

Artículo 674.-Tiempo de la pena.- *La jueza, juez o tribunal de garantías penales deberá determinar con precisión el tiempo de la condena; de igual modo deberá determinar el cumplimiento de las penas de restricción de patrimonio, en caso de haberlas.*

Para efectos de computar la condena cuentan todos los días del año. Se entenderá que el día tiene veinticuatro horas y el mes treinta días. El tiempo que dure la prisión preventiva será computado a la condena. Cuando en la privación cautelar de la libertad se agote la pena, la jueza, juez o tribunal de garantías penales la declarará extinguida y ordenará la libertad inmediata de la persona, sin que sea necesario otro documento o requerimiento para que ésta se haga efectiva.

Comentario: Se debe determinar también en la sentencia condenatoria el tiempo de la condena que debe cumplir el procesado, contando todos los días del año, computando el tiempo que ha estado en prisión preventiva.

De la misma forma, si está en prisión preventiva y se agote la pena, el tribunal o juez debe declarar extinguida aquella y ordenar la libertad de la persona, sin necesidad de algún otro documento para tal diligencia.

Artículo 675.- Oportunidad para ejecutar la pena.- *La pena se cumplirá una vez que esté ejecutoriada la sentencia.*

Mientras están pendientes los recursos interpuestos, las personas condenadas a penas de privación de libertad en primera instancia, deberán tener prisión preventiva. En caso de caducidad de la prisión preventiva, se dictará una medida cautelar personal alternativa.

En los casos de personas mayores de sesenta y cinco años de edad, las penas privativas de libertad se cumplirán en establecimientos especialmente adaptados para su condición.

Ninguna mujer embarazada, cualquiera que sea su período de gestación, podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia, sino noventa días después del parto. Durante este período, la jueza o juez de garantías penales impondrá una de las penas no privativas de la libertad establecidas en el Libro I de este Código.

En ningún caso se aplicarán penas privativas de libertad a personas con discapacidad total permanente.

Comentario: La pena deberá cumplirse una vez ejecutoriada la sentencia, mientras tanto, deberá estar en prisión preventiva.

Los mayores de 65 años cumplirán su pena en lugares adaptados para su condición.

No así con la mujer embarazada, ya que ella no podrá ser privada de su libertad, ni notificada con la sentencia sino después de 90 días del alumbramiento, pero si deberá cumplir una pena no privativa de libertad. Y para los discapacitadas totales, no se podrán aplicar penas privativas de libertad.

Parágrafo Cuarto

Reparación Integral a la víctima

Artículo 676.- Clases.- *La reparación integral comprende:*

- 1. El restablecimiento del derecho lesionado al estado anterior a la comisión punible;*
- 2. La indemnización por los daños y perjuicios ocasionados;*
- 3. La rehabilitación a través de la prestación de servicios idóneos a la víctima tales como médicos, apoyo social o familiar, psicológicos, o psiquiátricos;*
- 4. La satisfacción en función de las necesidades de la víctima, tales como medidas de reconocimiento, disculpas públicas o publicación de la sentencia por medios distintos a los ordinarios; y,*
- 5. Garantías de no repetición para prevenir que la víctima sufra lesiones a sus derechos similares a los sufridos por el cometimiento de la infracción.*

Comentario: La reparación integral que se establecía dentro de la sentencia, a mas de ser un principio doctrinal, se verifica taxativamente con los siguientes parámetros a ser establecidos según sea el caso, pero claramente se puede observar que van desde la indemnización de daños y perjuicios, publicaciones de la sentencia por medios de comunicación, etc.

Artículo 677.- Reparación en la sentencia.- Toda sentencia condenatoria deberá contemplar la imposición de una o varias penas destinadas a la reparación integral de la víctima, de conformidad con las siguientes reglas:

1. La víctima deberá ser identificable y concreta, y no requiere haber participado activamente durante el proceso;
2. La reparación se discutirá en la audiencia de juzgamiento;
3. Si hubiere más de un responsable penal, la jueza, juez o tribunal de garantías penales determinará la modalidad de la reparación en función de las circunstancias de la infracción y del grado de participación en la infracción como autora, autor, cómplice o encubridor, y si la infracción fue cometida de manera dolosa o culposa;
4. En los casos en los que las víctimas hayan sido reparadas por acciones de carácter constitucional, la jueza, juez o tribunal de garantías penales se abstendrá de aplicar como pena las formas de reparación determinadas judicialmente;
5. Si la reparación es cuantificable en dinero se requerirá, para fijar el monto, la prueba;
6. La obligación de reparar monetariamente a la víctima tendrá prelación frente a la multa, comiso y a otras obligaciones de la persona responsable penalmente. La jueza, juez o tribunal de garantías penales utilizará los mecanismos previstos en el Código de Procedimiento Civil para el cobro de deudas;
7. La jueza, juez o tribunal de garantías penales podrá determinar, si voluntariamente aceptare la persona condenada y la víctima, las modalidades de pago e incluso la conversión de la pena por servicios comunitarios;
8. En ningún caso la modalidad del pago de la reparación monetaria podrá llevar a la persona condenada al estado de necesidad de ella o su familia; y,
9. Si la publicación de la sentencia condenatoria es el medio idóneo para reparar a la víctima, correrá a costa de la persona condenada.

Comentario: He aquí la forma como realizar la reparación integral según sea el caso. Se debe tener en cuenta que si la víctima ha sido reparada de forma constitucional, no cabe la reparación de forma judicial.

Parágrafo Quinto Sentencia

Artículo 678.- La sentencia.- *Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, dentro de los tres días posteriores, la jueza, juez o tribunal de garantías penales deberá reducir la sentencia a escrito, la cual debe incluir una motivación completa y suficiente, tanto en relación con la responsabilidad penal como en la determinación de la pena y en la reparación integral a la víctima. Las sentencias deberán cumplir las formalidades determinadas en este Libro.*

El juzgado o tribunal de garantías penales ordenará se notifique con el contenido de la sentencia dentro de los tres días posteriores a la finalización de la audiencia. A partir la última notificación por escrito de la sentencia a los sujetos procesales, correrá el plazo para presentar las impugnaciones correspondientes de acuerdo a lo previsto en este Libro.

Comentario: Se manifiesta que a más de haber dictado sentencia el día del juicio, esta debe ser notificada a las partes y quedar por escrito dentro del proceso, dentro de los tres días posteriores a la realización de la audiencia.

Artículo 679.- Requisitos de la sentencia.- *La sentencia deberá contener:*

- 1. La mención del Juzgado o Tribunal de Garantías Penales, el lugar y la fecha en que se dicta; el nombre y el apellido del procesado y los demás datos que sirvan para identificarlo;*
- 2. La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del procesado que el Juzgado o Tribunal de Garantías Penales considere probados;*

3. *La decisión de las juezas y jueces, con la exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho;*
4. *La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas;*
5. *La determinación de la participación de la persona juzgada y la pena a imponerse;*
6. *Si la pena dictada en caso de personas jurídicas fuera la disolución de pleno derecho de la persona jurídica, se remitirá la resolución a la Superintendencia correspondiente;*
7. *La condena a pagar por daños y perjuicios ocasionados por la infracción en la determinación del monto económico a ser pagado por la persona sentenciada a la víctima haya o no presentado acusación particular; y, demás mecanismos necesarios para la reparación integral;*
8. *La existencia o no de una indebida actuación por parte de la o el fiscal o defensora o defensor. En tal caso se notificará con la sentencia al Consejo de la Judicatura para el trámite correspondiente;*
9. *La firma de las juezas y jueces de garantías penales;*
10. *La orden de la pérdida o destrucción de los instrumentos y efectos de la infracción; y,*
11. *La orden de comiso especial.*

Comentario: Otro artículo más donde se puede encontrar los requisitos legales que debe tener la sentencia por escrito para ser notificada a las partes.

Artículo 680.- Votos necesarios.- *Para toda clase de sentencia se necesita al menos dos votos conformes.*

Comentario: Requisito indispensable para tener una sentencia favorable sea a la víctima o al procesado.

Artículo 681.-Varios acusados.- *Si fueren varios las personas procesadas o acusadas, el tribunal de garantías penales debe referirse en la sentencia a cada uno de ellos, indicando si son autores, cómplices o encubridores, o declarando, en su caso, la inocencia.*

Comentario: Ninguna persona dentro del proceso debe quedar sin alguna referencia, sean bien sobreseído, autores, cómplices o encubridores.

Artículo 682.- Ratificación de inocencia.- *La sentencia que declara la inocencia no puede estar sujeta a condiciones. Debe ordenar la cesación de todas las medidas cautelares y resolver sobre las costas.*

Comentario: Ratificación de lo expresado anteriormente. Si la sentencia confirma la inocencia de una persona, debe ordenarse ipso facto la cesación de las medidas cautelares en su contra.

Artículo 683.- Firma de la sentencia.- *La sentencia se firmará por todos los jueces del tribunal de garantías penales, que intervinieron en la sustanciación y conclusión de la audiencia del juicio aun cuando alguno haya sido de opinión contraria a la mayoría. Si alguno se negare o no pudiere firmar, se anotará esta circunstancia en el proceso y la sentencia expedida seguirá su curso normal.*

Puesto el hecho en conocimiento de la respectiva Corte Provincial de Justicia, esta destituirá al infractor. El juez sancionado no podrá ser elegido miembro de ningún Tribunal de Garantías Penales de la República.

En todos los casos en que, por imposibilidad física o fuerza mayor debidamente comprobadas, alguno de los jueces no pudieran firmar la sentencia luego de haber sido expedida y firmada por los otros dos, sentada la respectiva razón de este particular, dicho fallo surtirá efecto y seguirá su curso legal.

Comentario: Se sancionará al juez que integrando el tribunal que dicto la sentencia, no firme ésta. Se excusa al que por razones de imposibilidad física o fuerza mayor no pueda hacerlo. De todas maneras, el fallo surtirá efectos legales.

Artículo 684.- Votos salvados.- *Cuando alguna jueza o juez haya sido de opinión contraria a la mayoría, esa opinión deberá constar en voto salvado, que será firmado por todos los jueces del Tribunal de Garantías Penales.*

Comentario: El voto salvado se expresa dentro de este proceso. Si lo hubiera tendrá que hacerlo constar y firmado por todos los jueces del Tribunal que sustancia este proceso.

Artículo 685.- Infracción diversa.- *Si hallándose la causa ante el tribunal de garantías penales, aparece prueba de que la persona procesada ha cometido otra infracción diversa de la infracción por la que se le juzga, el tribunal de garantías penales pronunciará la respectiva sentencia, declarando la inocencia o culpabilidad, y ordenará que se siga un nuevo proceso por el delito o delitos que se hubieran descubierto.*

Si mientras se sustancia el nuevo proceso transcurriese el tiempo al que fue condenado la persona procesada, se le pondrá en libertad si en dicho proceso no se hubiera dictado auto de prisión preventiva.

Comentario: Si existe una infracción diversa de la que se ha sustanciada en el tribunal penal, dicho tribunal declarará la inocencia o culpabilidad del procesado y se seguirá un nuevo proceso por el nuevo delito descubierto. De la misma forma mientras se sustancie el nuevo proceso y se ha decurrido el tiempo de condena del procesado, se le dará la libertad inmediata si en el proceso no se ha dado la prisión preventiva.

Artículo 686.- Libertad Inmediata.- *Si la persona procesada fuere absuelta, el presidente del tribunal ordenará su inmediata libertad, a pesar de cualquier recurso que se interpusiere, sin perjuicio del cumplimiento de la pena que se llegare a imponer si la declaratoria de inocencia fuere revocada.*

La sentencia condenatoria no se ejecutará mientras no se encuentre ejecutoriada.

Comentario: Un artículo muy claro. Si la persona resulta absuelta, debe ordenar la libertad inmediata del procesado, a pesar de cualquier recurso que se quiera interponer.

Artículo 687.- Prohibición.- *En ningún caso le será permitido al tribunal de garantías penales ni a jueza o juez alguno hacer calificaciones ofensivas respecto de la persona procesada, debiendo limitarse a un examen escueto de los hechos y a las conclusiones jurídicas que de ello se deriven.*

Comentario: Prohibición total al Tribunal de ser ofensivos con calificativos al procesado, limitándose única y exclusivamente a lo que a derecho se refiere.

Sección Sexta Impugnación y Recursos

Artículo 688.- Finalidad.- *Esta etapa tiene como finalidad corregir, revocar o confirmar las resoluciones de la jueza, juez o tribunal de garantías penales a través de los recursos contemplados en este Libro.*

Comentario: Como todo juicio, tiene su etapa de recursos e impugnaciones, sean estos horizontales o verticales, los cuales no entran en el motivo de la explicación.

CAPITULO V

PROPUESTA

Dentro de este marco investigativo, hemos podido ver y resaltar ciertos criterios que a la par nos darían un poco de luces acerca de cómo se podría manejar la tipificación del delito de enriquecimiento privado no justificado dentro del ámbito legal penal.

La cuestión radica en la forma de tipificar el concepto: claramente es un delito tributario, que como ya lo hemos mencionado anteriormente, deberá ser encausado por el Servicio de Rentas (S.R.I) y la Fiscalía.

A nuestro criterio, el Legislador debió haber dejado la palabra “Funcionario Público” para el delito atañido a ellos –que ya se lo trató en el capítulo cuarto de esta investigación- y el término “cualquier persona natural o jurídica” para el delito de enriquecimiento privado no justificado, ya que así no habría esa disyuntiva o cuestionamiento de cómo se manifiesta esa “vinculación” al Estado. Como lo indicamos anteriormente, el hecho de ser contratista del Estado, solamente lo vincula, más no lo hace funcionario público.

Por la circunstancia de la pena y multa, son criterios que se deben haber analizado por los asambleístas en base a criterios de tributaristas, penalistas y constitucionalistas específicamente.

Dentro del último párrafo –el cual tiene vital importancia- se menciona que se considerará para este tipo penal únicamente, es decir, sólo en caso de que estas declaraciones sean superiores a la base establecida para la obligación de presentar declaración patrimonial. Ejemplificando, si una persona declara, por ejemplo sobre el valor diez mil dólares, debe superar ampliamente ese margen en renta no declarada al SRI para poder entrar a la tipicidad del delito.

Lo que queremos dar a entender en nuestra propuesta y a lo largo del extenso análisis realizado, es que se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. Identificar el sujeto a ser procesado. El término LA PERSONA QUE NO SIENDO FUNCIONARIO PÚBLICO, como ya hemos ahondado, no identifica de manera plena y específica al individuo que no pertenezca a las filas burocráticas del Estado Ecuatoriano. Hacemos énfasis y sugerimos en que debió redactarse “CUALQUIER PERSONA NATURAL O JURIDICA” para que no

hayan estos vacíos legales que a la postre se volvería incongruente en este tipo de redacciones;

2. Que la sanción punitiva y económica para el infractor sea analizada y esbozada según criterios de analistas, científicos en la materia a desarrollar, con un sentido altísimo de criterio social para no causar una conmoción severa dentro de los parámetros sociales establecidos; y,
3. Que la carga de la prueba, el acusado no TENGA que demostrar su propia inocencia, ya que ésta se presume por mandato constitucional.

Con estos tres parámetros, que a nuestro juicio son fundamentales para una correcta aplicación de la Ley en su tipificación, daría ese robustecimiento legal tan necesario en estos días para una correcta aplicación de la Legalidad en este país. Sabemos a ciencia cierta que no existe la ley perfecta ni la sanción perfecta idem, pero estamos seguros que con criterio jurídico, con sentido crítico, con razonamiento en pro de lo social y económico, las leyes en nuestro país obedecerán tanto a esa ansiada justicia buscada por tantos y tantos años por todo el conglomerado nacional, que no es el mismo de hace 20 años, y que no será el mismo en 20 años más.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

Hemos podido analizar, y sintetizar que el delito de enriquecimiento privado no justificado, tiene algunas aristas que quedarán inconclusas si no se logra una tipificación acorde.

Si esta tipificación se encamina en normas de derecho, sin infringir el derecho a la presunción de inocencia, al debido proceso, podríamos decir que sería un delito capaz de contrarrestar un mal que hemos tenido por largos tiempo y que sus raíces son más profundas cada vez: La corrupción.

Este delito que involucra la existencia de un delito medio producto de variadas actividades ilícitas como la defraudación al fisco, contrabando, el narcotráfico, el robo de vehículos, la trata de personas, el sicariato y otros que han dado lugar a la existencia de grandes fortunas mal habidas en el país.

El enriquecimiento privado (aumentar la riqueza, el bienestar, la abundancia, el capital, etc.) no es un delito, siempre y cuando la actividad que genere riqueza no violente los derechos fundamentales a la vida y

propiedad de otras personas y que además respete los contratos realizados entre las personas.

La clasificación del delito, obviamente como se lo ve venir, apunta al estrato social más alto, el cual no realiza declaraciones. La actividades enriquecedoras que cumplen esta premisa constituye la empresa en todas sus formas: producción primaria, comercio, artesanía, industria, banca, servicios, del conocimiento, de cultura y entretenimiento, etc.

Todo incremento patrimonial que exceda lo razonablemente lógico, es decir, producto de sus ingresos legítimos, debe ser claramente demostrable ante el requerimiento legal de la autoridad.

En la estructura de la norma penal debe garantizarse el respeto a los principios del debido proceso, fundamentalmente el derecho de presunción de inocencia de las personas y de la carga de la prueba, para de esta manera evitar también que pueda mal utilizarse este recurso y sirva para presiones o venganzas de cualquier tipo

Jurídicamente, sólo debe solicitarse justificación de los bienes adquiridos o del proceso de enriquecimiento cuando exista una causa probable, es

decir, solamente cuando exista un proceso legal y firmes evidencias del cometimiento de un crimen.

De lo contrario, ninguna persona debe estar obligada a justificar su fortuna ni la forma de adquirirla, pues se presume su inocencia (nadie es culpable hasta que se demuestre lo contrario), este es un principio jurídico universal, una garantía del debido proceso que además está reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 11) y reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8, num. 2.).

Por ejemplo, el producto de herencias transmitidas de generación en generación, especialmente el campo, sin escrituras, ¿será enriquecimiento no justificado?

Con la tipificación en el ordenamiento jurídico del “enriquecimiento privado injustificado” como delito, tornaría en inconstitucional la obligación de presentar la “Declaración Patrimonial”, así como la facultad del SRI de determinar el impuesto a la renta proveniente del “Incremento Patrimonial no Justificado”.

BIBLIOGRAFÍA.-

- CABANELLAS GUILLERMO. Diccionario de Derecho Usual Tomo II. Editorial Heliasta.
- JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. Lecciones de Derecho Penal. Primera Serie Volumen 7. Oxford.
- TORRES CHAVEZ EFRAIN. Breves Comentarios al Código Penal Tomo 3. Corporación de Estudios y publicaciones.
- UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL, FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES. Revista Jurídica 2008/24.
- UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL, FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES, Análisis de las preguntas de la Consulta Popular.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Vigésima Segunda Edición, año 2001.
- ESTATUTOS PENALES COLOMBIANOS, ANTONIO JOSÉ MARTINEZ LÓPEZ, Año 1986.
- DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, EDITORIAL JURIDICA BOLIVARIANA, Año 2004.

- ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel y VODANOVIC Antonio, *“Tratado de las Obligaciones”*, (De las obligaciones en general y sus diversas clases), segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.
- ÁLVAREZ FAGGIONI Alejandro, *“Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano”*, tomo I, Imprenta de la Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador, 1982.
- BASTIDAS AGUIRRE Julio, *“El enriquecimiento injustificado”*, Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador, 1940.
- CABANELLAS DE TORRES Guillermo, *“Diccionario Jurídico Elemental”*, Editorial Heliasta, Argentina, 2001.
- CABANELLAS Guillermo, *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*, Editorial Heliasta, 20a edición, Buenos Aires, Argentina, 1981.
- CARAMES FERRO José M., *“Curso de Derecho Romano; Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones y Sucesiones”*, séptima edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1953.

- DE LA VEGA Antonio, *“Bases del derecho de obligaciones”*, Universidad de Cartagena, Cartagena, Colombia, 1966.

- DE LOS MOZOS José, *“Método, sistemas y categorías jurídicas”*, Civitas, Madrid, España, 1988.

- DE TRAZEGNIES Fernando, *“La Responsabilidad Extracontractual”*, Tomo I, quinta edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1998.

- DÍEZ-PICAZO Luis, *“Derecho de Daños”*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1999.

- FLEMING Jhon G., *“The Law of Torts”*, 9th edition, The Law Book Co., Sydney, Australia, 1998.

- GARCÍA MATAMOROS Laura Victoria y HERRERA LOZANO María Carolina, *“El Concepto de los Daños Punitivos o Punitive Damages”*, Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá, Colombia, 2003.

- GOLDSTEIN Mateo, *“Enriquecimiento sin causa”*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskil Editores, Tomo X, Buenos Aires Argentina, 1996.

- GUILLÉN Horacio Pedro, “Obligaciones manual”, editorial B de f, Buenos Aires, Argentina, 2008.

- HENAO Juan Carlos, “El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998.

- KEMELMAJER DE CARLUCHI Aída (Directora), “Derecho de daños”, segunda parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1996.

- LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo, “El problema de la obligatoriedad del precedente constitucional”, en “El Derecho de los jueces”, Uniandes-Legis, Bogotá, Colombia, 2001.

- OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, “Régimen General de las Obligaciones”, séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2001.

- PÉREZ BAUTISTA Miguel Ángel, “Obligaciones”, Iure editores, México DF, México, 2006.

- PIZARRO Ramón Daniel, *“Daños Punitivos”*, en: Aída KEMELMAJER de Carluchi (Directora), *“Derecho de daños”*, segunda parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- PROSSER William Lloyd, *“The Law of Torts”*, 4th edition, Lawyer’s edition, St. Paul, West, Minn., USA, 1971.

- SALVADOR CODERCH Pablo, *“Punitive Damages”*, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, 2003.

- TAMAYO LOMBANA Alberto, *“Manual de obligaciones”*, quinta edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.

- VALLEJO MEJÍA Jesús, *“Manual de obligaciones”*, primera edición, Editorial Dike, Medellín, Colombia, 1991.

- VAZ IZQUIERDO, *“El derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema hipotecario español”*, Civitas, Madrid, España, 1980.

- VELASCO CÉLLERI Emilio, *“Sistema de Práctica Procesal Civil”*, tomo 7, PUDELECO editores, Quito, Ecuador, 2005.

- VINEY Geneviève, *“Traité de Droit Civil, Les Obligations. La responsabilidad: effets”*, LGDJ, París, Francia, 1988.
- VON TUHR A. *“Tratado de las obligaciones”*, Editorial Comares, Granada, España, 2007.
- VOX, *“Diccionario de Lengua Española”*, Anaya, Barcelona, España, 1997.

LISTADO DE LEYES Y NORMAS ECUATORIANAS

- Constitución Política de la República del Ecuador
- Código Civil
- Código Penal
- Código de Procedimiento Penal

LISTADO DE LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- Código Civil Alemán
- Código Civil Español
- Código Civil Italiano
- Código Civil Francés
- Código Civil Brasileño
- Código Civil Mexicano
- Código Suizo de las Obligaciones
- Código Civil Peruano
- Código Civil Chileno

- Código Civil Colombiano
- Código Civil Boliviano
- Código Civil Argentino
- Ley de propiedad intelectual de España.

Páginas web:

- <http://es.wikipedia.org/wiki/Pena>
- http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6316:el-enriquecimiento-privado-no-justificado&catid=256:noticias-de-interes
- <http://www.revista-laverdad.com/Paginas/Articulos.php?Codigo=562>
- <http://www.eluniverso.com/2011/05/28/1/1355/asamblea-ya-arma-proyectos-penar-enriquecimiento-justificado.html>
- <http://www.ultimasnoticias.com.ec/noticias/2547-enriquecimiento-privado-no-justificado-iun-delito.html>
- <http://www.burodeanalysis.com/2011/10/24/el-enriquecimiento-privado-no-justificado-y-la-sancion-a-las-personas-juridicas-se-penalizan-en-nuevo-codigo/>
- Victor Gómez Martín Profesor de Derecho Penal. Universidad de Barcelona LA DOCTRINA DEL “DELICTUM SUI GENERIS”: ¿QUEDA ALGO EN PIE?
- <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>

- Portal Jurídico: Todos los Códigos Jurídicos del Mundo, en: <http://www.todoelderecho.com/SeccionInternacional/codigosjuridicos.htm>
- Boletín de Actualidad de Derecho Civil, Directorio de Códigos Civiles, en: http://www.codigo-civil.net/archivado/?page_id=492
- Revista Judicial, Legislación ecuatoriana, en: <http://www.derechoecuador.com>
- Asamblea Constituyente del Ecuador, Montecristi, 2008, en: www.asambleaconstituyente.gov.ec
- Asamblea Nacional del Ecuador, en: www.asambleanacional.gov.ec