


The asset recovery strategy: illicit enrichment, money laundering and confiscation, some brushes on ecuadorian and spanish legislation

La estrategia de recuperación de activos: el enriquecimiento ilícito, el lavado de activos y el comiso, algunas pinceladas sobre la legislación ecuatoriana y española



DOI: <https://doi.org/10.33324/dicere.v1i2.820>

Teresa Vélez-Zhindón,  <https://orcid.org/0009-0007-5027-835X> ✉ maitevz1984@gmail.com
Universidad de Salamanca, Salamanca, España.

Recibido: 16-09-2024 **Revisado:** 11-11-2024 **Aceptado:** 21-11-2024 **Publicado:** 30-11-2024

Resumen

El *Derecho penal moderno* ha generado una cierta *desarmonización del Derecho penal*, al dar lugar a la creación de nuevos tipos penales, técnicas de tipificación que se asemejan a modelos sancionatorios del Derecho administrativo. Un ejemplo de ello es el delito de enriquecimiento ilícito en modalidad de desobediencia, como pretende clasificarlo el legislador español. Esta tendencia también se observa en la desnaturalización de consecuencias accesorias, como el decomiso ampliado en la legislación española. Además, la tipificación de delitos como el enriquecimiento ilícito y el lavado de activos refleja un enfoque que sanciona conductas postdelictivas; tanto el legislador ecuatoriano como el español han optado por procedimientos procesales que facilitan la persecución de delitos en los que

no es posible determinar el origen delictivo del incremento patrimonial. Este origen se considera “inexplicable” o “injustificado” y se presume que proviene de un delito previo; este enfoque nos lleva a cuestionar si, en el contexto del *Derecho penal moderno*, la recuperación de activos de origen ilícito, basada en presunciones de culpabilidad o de activos de origen ilícito, puede justificar una sentencia condenatoria o el decomiso de activos.

Abstract

"Modern criminal law" gives rise to a certain "disharmonization of criminal law", which leads to the creation of "new criminal offenses", typification techniques close to sanctioning models of administrative law, as in the case of the crime of illicit enrichment in the form of disobedience (as the Spanish legislator intends to call it), the denaturalisation of accessory consequences, such as extended confiscation (Spanish legislation), as well as in the classification of crimes that punish post-criminal conduct, such as the crime of illicit enrichment and

the crime of money laundering. In this, both the Ecuadorian and Spanish legislators seek procedural shortcuts for those crimes where the criminal origin of the increase in wealth cannot be determined, an 'inexplicable' or 'unjustified' origin of wealth, which is presumed to be the result of a previous crime. This leads us to consider whether 'modern criminal law', specifically in the recovery of assets of illicit origin, can result in a conviction and/or in confiscation of assets on the basis of presumptions of guilt or presumptions of the illicit origin of assets.

Palabras clave

Recuperación de activos, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, decomiso ampliado, comiso, la no justificación del incremento patrimonial.

Keywords

Asset recovery, illicit enrichment, money laundering, expanded confiscation, confiscation, non-justification of the increase in assets.

1 La recuperación de activos: el delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, el lavado de activos y el decomiso ampliado

La expansión de la corrupción tanto como la expansión del Derecho penal son temas que están estrechamente vinculados con la nueva política criminal de re-

cuperación de activos. Sin embargo, nos encontramos frente a una lucha contra la corrupción, la cual engloba reformas penales frecuentes, novedosos tipos penales con

técnicas de tipificación cercanas a modelos sancionatorios del Derecho administrativo, vulneración de principios constitucionales. Esto nos traslada a un Derecho penal simbólico, que pretende una legitimación en la opinión pública con la finalidad de calmar ese ambiente de corrupción política y corrupción pública, sin dejar atrás la corrupción privada.

La postura que se adopta está alineada con la modernización del Derecho penal, obviamente también con la necesidad de recuperar activos ilícitamente obtenidos; sin embargo, en la actualidad nos encontramos ante una tensión entre la 'eficacia' de las nuevas figuras jurídicas y la vulneración de las garantías constitucionales. Esta realidad no sólo se ve reflejada en las legislaciones penales tanto de Ecuador como de España, evidentemente los organismos internacionales juegan un papel primordial ante esta política criminal de lucha contra la corrupción. Con base en sus recomendaciones, se han tipificado y reformado ciertos tipos penales tales como el enriquecimiento ilícito, así como del lavado de activos, sin olvidar la figura del decomiso¹.

Es así que estas tres figuras, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, y el decomiso en general, responden a un mismo

desafío político criminal: la recuperación de activos de origen ilícito. El enriquecimiento ilícito pretende dar una fuerte batalla a la corrupción de funcionarios públicos, en cuanto al blanqueo de capitales, una incansable batalla, en primer lugar para recuperar activos provenientes del narcotráfico, que se extiende luego a los activos provenientes de la delincuencia organizada y el decomiso en general, tiene como finalidad frenar la delincuencia que trae consigo algún beneficio económico, y así recuperar los activos ilícitamente obtenidos; es decir, se trata de un desafío político criminal, en general, de recuperar los activos ilícitamente obtenidos de la criminalidad organizada y en particular privar a los funcionarios públicos de los activos adquiridos ilícitamente.

Como se mencionó, los textos internacionales proponen distintos caminos en la pretensión de la recuperación los activos de la corrupción. En primer lugar, la criminalización de las conductas de lavado de activos, - sus respectivas recomendaciones en cuanto a reformar el tipo penal-. En segundo lugar, está la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, vía recurrida en los países latinoamericanos, muchos de ellos en base a recomendaciones internacionales², y descartada en los países europeos, que suelen optar por potenciar el recurso

1. La denominación decomiso es utilizada en art. 127 y ss. del Código penal español, la denominación comiso utilizada en el art. 69 y ss. del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador. La denominación blanqueo de capitales es utilizada en el art. 301 a 304 del Código penal español y el art. 317 a 319 del Código Orgánico Integral Penal. La denominación enriquecimiento ilícito es utilizada en el art. 279 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, y en el Art. 438 bis del Código penal español el legislador español lo denomina enriquecimiento ilícito para luego señalar que es un delito de desobediencia, en la actualidad la doctrina no es unánime en la denominación: RAGA VIVES, Anna, lo denomina "el delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado", en: RAGA VIVES, Anna, (2023). "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado," en: Comentarios a la LO 14/2022 de reforma del Código Penal, Dir. José L. González Cussac, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, OLAIZOLA NOGALES, Inés, determina que no sabe como denominarlo si "enriquecimiento no justificado" o enriquecimiento ilícito," en: OLAIZOLA NOGALES, Inés, (2023). "El delito de enriquecimiento ¿No justificado? ¿ilícito?," en: Revista Penal, No. 52, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

2. El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra determinado en: en el art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, 2003), a nivel regional se encuentra en el Art. IX la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 1996), y también en el Art. 1 de la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción. (Maputo 2003), sobre el delito de enriquecimiento ilícito en los tratados internacionales consultar en: Del Carpio (2015). "El delito de enriquecimiento ilícito: Análisis de la normativa internacional," en: Revista General de Derecho Penal, Editorial Iustel, No. 23, España.

a un tercer camino, el de modificar y desnaturalizar la figura del decomiso (Berdugo, 2017).

No obstante, existen sentencias en las cuales el organismo de control de constitucionalidad tanto de Portugal como Italia han declarado la inconstitucionalidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito. El Tribunal Constitucional Portugués lo hizo con el *acordao do Tribunal Constitucional* No. 179/2012, de fecha 4 de abril de 2012, y el *acordao do Tribunal Constitucional* No. 377/2015, de fecha 12 de agosto de 2015; por otro lado, la Corte Constitucional Italiana lo hizo con la *sentenza* 48, 1994, 09/02/94 (Carrillo, 2018b), principalmente por considerarlo un tipo penal que vulnera el principio de presunción de inocencia. Sumado a ello, determinan que el tipo penal carece de un bien jurídico claramente identificable.

En la legislación penal ecuatoriana, el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos se encuentra tipificado desde el 29 de agosto de 1985, en el Registro Oficial No. 260, pues mediante la Ley No. 6 titulada *Reformas al Código Penal y a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control*, se incorporó entre los Capítulos VIII y IX del Título III del Libro Segundo del Código Penal, un nuevo Capítulo innumerado denominado *Del Enriquecimiento Ilícito* (Contraloría General del Estado, s.f.). Actualmente, se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal vigente desde el 10 de agosto del 2014, en el Capítulo Quinto, relacionado con los Delitos contra la responsabilidad ciudadana, en la Sección Tercera, referente a los Delitos contra la eficacia de la administración pública, específicamente en el art. 279 del mencionado texto legal (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En sí, el delito de enriquecimiento ilícito es el tipo penal por el que se castiga al funcionario público que posee un patrimonio desproporcionado en atención al cargo que desempeña y que no pueda probar la procedencia lícita de los bienes (Gimeno, 2014). En otras palabras: queremos castigar a cualquier costo al funcionario cuando sospechamos que se ha enriquecido ilícitamente. Como no podemos probar ninguna conducta ilegal, la mejor solución es la creación de un tipo penal que castigue el mero enriquecimiento, y exigir –inconstitucionalmente– que debe ser el propio investigado el encargado de demostrar el origen legal de sus bienes (de la Fuente, 2004). De manera general, este es el concepto de enriquecimiento ilícito; sin embargo, cada una de las legislaciones tienen sus particularidades en la redacción del tipo penal.

No existe duda que el tipo penal es de aquellos delitos polémicos en el ámbito doctrinario, al discrepar desde el nombre, ya que se lo denomina *No justificación del enriquecimiento*. No se lo hace por una concepción semántica, sino por una diversa concepción en orden al hecho típico y al momento consumativo (Gauna, 2014). Se lo cobija como un delito de desobediencia y, así, el legislador español pretende evitar su inconstitucionalidad. Esto se debe a que, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de fecha 22 de diciembre, por el cual se introduce por primera vez el delito de enriquecimiento ilícito en su modalidad desobediencia, se determina:

La figura que se incorpora se configura como un delito de desobediencia para incurrir en el tipo penal no basta con poseer un patrimonio cuyo origen no sea

explicable de los ingresos declarados, sino que debe existir un requerimiento previo por parte de los organismos administrativos o judiciales competentes para la comprobación de dicho patrimonio. (Ley Orgánica 14/2022)

A pesar de que han pasado aproximadamente dos años desde la vigencia del art. 438 bis del Código penal español, en la actualidad se sigue considerando la novedad jurídica española, por las varias interpretaciones jurídicas que puede traer en la práctica.

Los partidos políticos españoles jugaron un papel fundamental en la tipificación del enriquecimiento ilícito (Carrillo, 2018a). Esta realidad no es ajena en la legislación ecuatoriana; el tipo penal de incremento patrimonial no justificado de particulares fue incorporado en la legislación penal (art. 297 Código Orgánico Integral Penal), a raíz de una consulta popular liderada por el gobierno de turno, en fecha 7 de mayo de 2011. Indudablemente, ello comprende un uso electoralista del Derecho penal (Zúñiga, 2022), como si esta fuese la panacea para frenar la corrupción. En el caso ecuatoriano, sería conveniente explorar otras alternativas y hacer hincapié en que algún partido político se manifieste sobre la necesidad de tipificar el delito de financiación ilegal de partidos políticos.

Por otra parte, el decomiso ampliado como figura jurídica prevista en el art. 127 bis Código Penal Español, desde la Ley 5/2010, de fecha 23 de noviembre, así como el art. 127 quinquies y sexies del mismo cuerpo legal, decomiso ampliado de difícil explica-

ción y justificación (Aguado, 2017), llamado decomiso ampliado por actividad continuada, son figuras jurídicas que responde a “una suerte de fiscalización o investigación patrimonial universal” (González, 2006, p. 16). Esta consecuencia accesoria del delito no es más que la posibilidad de decomisar bienes pertenecientes a una persona condenada (cierto listado de delitos), bienes que proceden presuntamente de otra actividad delictiva ajena al delito del que se dicta una sentencia condenatoria. Dicha actividad delictiva debe ser probada por medio de indicios y, por lo tanto, no tiene relación con los hechos por los cuales la persona es sentenciada.

Dicho de un modo práctico: una persona comete un delito de los determinados en el art 127. bis del Código Penal Español, por lo tanto, existe una sentencia condenatoria en su contra. Indudablemente, dentro de dicha sentencia condenatoria, imponen a la persona condenada el decomiso de los bienes relacionados con el delito por el cual recibió la sentencia. Sin embargo, la autoridad competente se ha percatado que tiene un excedente de patrimonio que no tiene nada que ver con el delito por el cual se le ha impuesto la pena; por lo tanto, por medio de prueba indiciaria, sin determinar con exactitud el origen ilícito de ese patrimonio, sin existir una conexión causal entre la actividad delictiva y el incremento patrimonial. Ese patrimonio presuntamente ilícito también será decomisado, cuando no sea justificado.

En Ecuador, el comiso en general está regulado por el art. 69 del Código Orgánico Integral Penal, el cual se considera una pena restrictiva de los derechos de propiedad. Sin

embargo, el decomiso ampliado no está regulado en la legislación penal, por cuanto no encaja en la misma categoría debido a la controversia en torno a su naturaleza jurídica (de la Mata, 2017), al no ser el decomiso ampliado una pena restrictiva de la propiedad; es decir, no existe un hecho delictivo probado del cual provengan los activos a decomisar. A pesar de las críticas doctrinarias que conlleva el decomiso ampliado, existen recomendaciones de incorporar el decomiso ampliado en la legislación ecuatoriana, o por lo menos valorarlas especialmente en el supuesto de crimen organizado y terrorismo. Para ello, se debe modificar la naturaleza jurídica del decomiso, de manera que deje de ser una pena y pase a convertirse en una consecuencia del delito más próxima al derecho civil (Blanco, 2021).

En el decomiso ampliado, se pretende realizar un pronóstico sobre la vida pasada del condenado, que esconde la capacidad de probar los hechos acontecidos y supone conformarse con meras sospechas. Esto no podría constituir la base de ninguna medida sancionatoria, pues no se ha probado la culpabilidad del autor en relación con esos hechos, lo cual nos traslada únicamente a una presunción de culpabilidad para decomisar activos. Todo se traduce a una concepción de la culpabilidad por el estilo de vida porque, aunque se sostenga que el objeto de reproche penal es el delito probado, a esas actividades anteriores se les atribuye el valor de síntomas de la reprochabilidad del acto (Carrillo, 2018a).

Este incremento patrimonial injustificado consecuencia del decomiso ampliado se relaciona con el delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, tipo penal en

el cual se desconoce la procedencia de los bienes ilícitos. En ella, no es necesario una sentencia firme condenatoria anterior como antecedente del origen de esos bienes ilícitos, ni mucho menos se debe conocer con exactitud de donde proceden. Es decir, no hay una relación de causalidad entre los bienes decomisados y el origen del delito precedente.

En el decomiso ampliado, ese incremento patrimonial (excedente). De igual manera, se desconoce el origen de esos bienes de origen ilícito; no existe una conexión causal entre los bienes decomisados y la sentencia que es necesaria para proceder con el decomiso ampliado. Lo que es necesario es que, por lo menos, exista prueba indiciaria (la cual está determinada en el art 127 quinquies del Código Penal Español) (Ley Orgánica 10/1995) para presumir de ese origen ilegal o ilícito.

En cuanto al blanqueo de capitales, Muñoz (2009), al referirse a este delito, señala que evidentemente estamos ante un típico representante de lo que Hassemmer denominó hace veinte años moderno Derecho penal; es decir, se trata de un *moderno Derecho* penal que se caracteriza por su expansión (afortunada expresión con la que caracteriza Silva Sánchez a las nuevas tendencias del Derecho penal).

En España, en cuanto al blanqueo de capitales son numerosas modificaciones que ha experimentado el tipo penal. Más bien, podemos decir que pocas figuras se han sometido a un proceso de ampliación tan extraordinario como este tipo penal. Las modificaciones que, en este ámbito, introdujo la Ley Orgánica 5/2010, de fecha 22 de

junio, lejos de disipar estas, pueden propiciar una aplicación absolutamente desmesurada al incorporar, en el apartado primero del artículo 301 del Código Penal, la posesión y la utilización de bienes como conductas típicas. Además, podría admitir expresamente el autoblanqueo: es decir, la posibilidad de condenar por este delito a quien ha sido responsable de la infracción de la que los bienes proceden (Vidales, 2017).

En Ecuador, con base en las recomendaciones internacionales de las Organización de Naciones Unidas (ONU), Organización de Estados Americanos, y el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), de los cuales el Ecuador forma parte, se adopta medidas efectivas para luchar contra el lavado de activos. Por ello, se amplía el marco conceptual de las conductas que deben ser reprimidas como delitos relacionados con el lavado de activos. La Asamblea Nacional, órgano legislativo ecuatoriano, en octubre de 2005 expidió la Ley para reprimir el Lavado de Activos, la cual fue reformada el 30 de diciembre de 2010, denominada Ley de Prevención, Detección y Erradicación de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Con ello, se dispuso agregar en el Código Penal de aquel entonces un artículo innumerado que sancionaba a todo aquel que, de manera dolosa, directa o indirectamente, proporcione, ofrezca o recolecte fondos o activos para financiar la comisión de delitos relacionados tan solo con el sabotaje y con el terrorismo.

El Grupo de Acción Financiera Internacional, dentro de su lista de países que no adoptaron las medidas necesarias para la prevención del delito de blanqueo de capitales, debido a la deficiente legislación, por obvias razones, incluyó al Ecuador. La

vigencia del Código Orgánico Integral Penal de 2014, en su nueva regulación del delito, especifica el listado de verbos rectos, entre ellos están: "Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte... oculte, disimule o impida... preste su nombre o el de la sociedad o empresa" (art. 317 del Código Orgánico Integral Penal). Asimismo, define el tipo penal de incriminación falsa por lavado de activos (art. 318, *ibídem*), y el delito de omisión en el control de lavado de activos (art. 319, *ibídem*). Esto representó el motivo para que Ecuador salga del listado que no cumplieran con las medidas necesarias, pues ya no se refería a activos ilícitos que provienen únicamente del sabotaje y terrorismo. En el año 2016, se promulgó la Ley de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, cuyo preámbulo señala que es necesario el marco regulatorio para mejorar los procesos de prevención, detección, investigación, juzgamiento y erradicación de dichos delitos (Ley de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos, 2016).

En el blanqueo de capitales, no es imprescindible una sentencia condenatoria que establezca el origen ilícito de los activos. sin embargo, es ampliamente reconocida la utilización de una prueba indiciaria, la cual "aparece como el medio más idóneo y, en mayor parte de las ocasiones único posible para tener acreditada su comisión" (Fabián 2017, p. 327). En otras palabras, ante la dificultad de prueba directa, nos sumergimos en el ámbito de la prueba indiciaria, en donde el juzgador debe tener la plena convicción de que efectivamente esos activos son de origen ilícito.

2 El enriquecimiento ilícito, el blanqueo de capitales como delitos de sospecha, y el decomiso ampliado como consecuencia accesoria de sospecha

Uno de los principales problemas de la ampliación punitiva es la introducción de una figura tan peligrosa como es el no deseado instituto del delito de sospecha. Este moderno derecho penal ha direccionado al mundo jurídico hacia la sospecha y, a consecuencia de ello, se condena y/o decomisa. El enriquecimiento ilícito es catalogado como un "delito de sospecha" (de la Fuente, 2004, p.79), por lo que se permite presumir situaciones de culpabilidad al valerse de hechos sin identificar (Mikkelsen, 2001). Es decir, se sospecha que los bienes no justificados, o en su caso los bienes de origen ilícito, provienen de delitos contra la corrupción cometidos por los funcionarios públicos.

El decomiso ampliado también es catalogado como una "pena de sospecha" (Eser, 2001, p. 266), en el cual se sostiene un pronóstico sobre la vida pasada del condenado, que esconde la capacidad de probar los hechos acontecidos y supone conformarse con meras sospechas. Esto no puede constituir la base de ninguna medida sancionatoria, pues no se ha probado la culpabilidad del autor en relación con esos hechos. Queda únicamente una sospecha de culpabilidad y se asemeja a una pena de sospecha (Maugeri, 2001).

Si hablamos del enriquecimiento ilícito como delito de sospecha y el decomiso ampliado como una consecuencia accesoria de sospecha, en el caso del blanqueo

de capitales, el juzgador tiene que tener la plena convicción del origen ilícito de los bienes, por medio de la prueba indiciaria. Sin embargo, es un delito de sospecha, pues con exactitud no sabemos la procedencia de dichos bienes que se presume que tiene origen delictivo.

Desde la perspectiva probatoria, el objetivo es que estos tipos penales son auténticos atajos para facilitar la condena de quienes puedan verse implicados en casos de corrupción (Fabián, 2017). Sancinetti (1994), al determinar el enriquecimiento ilícito – yo me atrevería añadir al lavado de activos-, señala que no constituyen delitos autónomos sino una regla procesal que sirve para perseguir hechos punibles que no se han identificado procesalmente.

Como acertadamente señala Berdugo (2017):

La situación de un enriquecimiento del funcionario público que no se justifique con sus ingresos lícitos en realidad es una prueba indiciaria de un posible comportamiento delictivo por lo que construir sólo sobre esa base un delito supone, en gran medida, recuperar los viejos delitos de sospecha. (p. 30)

El tipo penal da lugar a una tendencia internacional que indudablemente responde a técnicas legislativas que llevan

implícita la flexibilización o vulneración de las garantías político criminales. En el caso concreto de estas tres figuras jurídicas, dan lugar a la utilización desmesurada de la prueba indiciaria, la inversión de la carga de la prueba, la vulneración del principio de inocencia, el principio de no autoincriminación, entre otros. Es así que el lavado de activos, el enriquecimiento ilícito y el decomiso ampliado son figuras jurídicas que se interrelacionan directamente y conciernen a aspectos cuyos presupuestos, justificación político criminal, causas, efectos y principios inspiradores tienen que ver con una misma razón de ser, la del reproche punitivo, moral y económico a todas aquellas conductas contrarias a la moral social que consienten en la adquisición del dominio de las cosas de una manera ilegal.

El delito de lavado de activos, y el decomiso en general, -me atrevería a incluir el delito de enriquecimiento ilícito- coinciden con el objetivo de perseguir la formación de patrimonios ilícitos con origen en una actividad delictiva. Además, incluye los elementos que definen cada una de estas figuras: la desproporción del valor de los bienes con el origen lícito; la ocultación de la titularidad o utilización de personas interpuestas, paraísos fiscales o territorios de nula tributación, que dificulten la determinación de la verdadera titularidad; o la transferencia de bienes mediante operaciones que justifiquen su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica (Martínez, 2018).

Estas tres figuras jurídicas buscan un atajo procesal para recuperar activos, cuando su origen ilícito no llegue a determinarse- ni en ocasiones se pretenda- (Rodríguez & Orsi, 2015).

Es así que, en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, y en el decomiso ampliado, no llega a determinarse cuál es el origen de los bienes ilícitamente obtenidos; además, en el caso del lavado de activos, de igual manera, no se determina el origen de los bienes, pues evidentemente en caso en que se determine, prevalece la sentencia condenatoria por el delito que dio origen al incremento patrimonial ilícito. En realidad, la función que cumple el delito de enriquecimiento ilícito, así como el delito de blanqueo de capitales es de un tipo residual cuya aplicación se condiciona a que no pueda ser demostrada la existencia de otro delito que dio lugar a ese enriquecimiento (Muñoz, 2009). Se trata de una figura subsidiaria y, por ello, paradójica: subsidiaria porque solo puede operar cuando la acusación no demuestre cuál es el concreto origen criminal de un incremento patrimonial inusual, y paradójica, porque tacha de ilícito al enriquecimiento cuyo origen no ha llegado a conocerse, aunque se presuma. Esto obliga al reo a demostrar que su procedencia es legal para evitar el castigo (Fabián, 2017).

El enriquecimiento ilícito y el lavado de activos comparten ciertas particularidades: la existencia de un delito precedente, el cual no ha podido ser probado, debido a la complejidad en la determinación de este tipo de delincuencia. Son delitos que generan grandes cantidades de activos, cuya principal pretensión es evitar su rastreo y, por lo tanto, camuflar todo ese origen ilegal. Se trata de particularidades que se comparten de igual manera con el decomiso ampliado, cuya pretensión es decomisar todo ese patrimonio ilícito de difícil determinación, lo que evidencia que el parentesco entre estas figuras es incuestionable.

En el enriquecimiento ilícito, el blanqueo de capitales, donde se incluye el autoblanqueo, lo que se castiga es la intervención postdelictiva de los propios autores y par-

ticipes del delito o de terceros. Podríamos decir que el enriquecimiento lícito de servidores públicos y el autoblanqueo es la prolongación o el resultado del delito previo.

3 La vulneración del principio de presunción de inocencia y la inversión de la carga de la prueba

La vulneración del principio de presunción de inocencia es uno de las mayores objeciones que ha surgido en relación con el enriquecimiento ilícito y el decomiso ampliado. En cuanto al tipo penal de lavado de activos, la acusación es la encargada de probar el origen ilícito de los activos por medio de prueba indiciaria.

Además, se determina que el principio de presunción de inocencia es “la expresión abreviada del conjunto de derechos fundamentales que definen el estatuto jurídico del imputado, estatuto cuyo respeto ha de ser el primer criterio rector del contenido y de la estructura del proceso penal” (Vives, 2007, p. 176).

La inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito se relaciona con la posición que se siga principalmente sobre el debate si estamos ante un delito de acción o de omisión. El tipo penal ecuatoriano se presta para ser interpretado como si el servidor público tiene que justificar la procedencia de su patrimonio por un *incremento patrimonial injustificado*, mientras que la legislación española, a pesar de que el legislador lo quiere cobijar como un delito

de desobediencia, da lugar a que la autoridad deba justificar su incremento patrimonial. Ello se refleja específicamente cuando la normativa refiere a: “...se negare abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos destinados a comprobar su justificación...”.

El principio de presunción de inocencia requiere que el Estado pruebe la culpabilidad del acusado y libera al acusado de cualquier carga de probar su inocencia. La duda viene encaminada en el delito de enriquecimiento ilícito, en donde el servidor público tiene que justificar el origen del patrimonio. Evidentemente, existe una inversión a la carga de la prueba; en este caso, la vulneración al derecho a guardar silencio. Por el contrario, la legislación penal peruana (art. 401 del código penal peruano), no hace referencia a la justificación por parte del acusado, es decir la ausencia de cualquier referencia a la necesidad de justificación de la legitimidad de los ingresos por parte de los imputados (Asencio, 2007), lo que se interpreta como un modelo constitucional de tipo penal de enriquecimiento ilícito (Mir, 2022).

Una tesis contraria a la mayoría de la doctrina española es la defendida por Fernández (2017), quien determina:

No existe vulneración al principio de inocencia, pues no existe inversión a la carga de la prueba, por cuanto al acusado le corresponde la prueba de los elementos impeditivos, modificativos, extintivos y excluyentes, por lo que, aunque pueda permanecer inactivo, ante la actividad probatoria desplegada por la acusación puede verse llevado a aportar, pruebas en su defensa. En efecto, en ejercicio a su derecho a la defensa, puede aportar elementos de juicio para acreditar bien que no se ha producido el incremento patrimonial o bien su origen lícito. (p. 273)

Esto resulta controversial, pues no es en base a su derecho a la defensa que el funcionario deba justificar los bienes. Todo lo contrario, se le impone, de cierta manera, un deber de justificación del incremento patrimonial detectado. Con base en el derecho a guardar silencio, al incremento patrimonial y a la imposibilidad de la obtención de dicho incremento patrimonial por medio de ingresos lícitos, el acusado será finalmente condenado (Gimeno, 2014).

Es oportuno citar el criterio defendido por Fabián (2017), en el cual señala:

La falta de explicaciones por parte del acusado puede ser un indicio que corrobore una inferencia condenatoria por parte del juzgador, como ocurre en

el caso de blanqueo de capitales; pero otra cosa muy distinta es que ese silencio constituya un elemento del tipo que nos lleve a concluir, salvo que el acusado demuestre lo contrario, que unos determinados bienes tienen origen ilícito. (p. 341)

Concordante con ello, de la Fuente (2004) señala:

Si el juez pertenece a un Estado Democrático de Derecho, donde interese el respeto a las garantías individuales, ese incremento patrimonial que no guarda relación con los ingresos del imputado servirá como indicio o elemento de sospecha para encarar una investigación más profunda. Tratará el juez (*corresponde a la Fiscalía General del Estado en el caso ecuatoriano*) demostrar las acciones ilegales que hayan generado el enriquecimiento patrimonial. (p. 79)

Pues bien, con esta noción, es evidente que la desproporción entre el valor de los bienes y los ingresos de origen lícito de la persona condenada no es más que un indicio del decomiso ampliado establecido en el art.127 quinquies de la legislación española que establece: Son indicios relevantes: 1. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada (describe precisamente lo que es el delito de enriquecimiento ilícito).

De igual manera, el mismo artículo determina: 2. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica, interpuestos o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. 3. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

La prueba de indicios es totalmente válida. Más bien, lo criticable es que el legislador español introduce un problema de gran relevancia, pues lo que está haciendo es convertir un indicio en un delito de blanqueo de capitales (Fernández, 2015). En cuanto al enriquecimiento ilícito, se está elevando a la consideración de lo que es delito, lo que en realidad es una prueba indiciaria, la no justificación por parte de un funcionario de un incremento patrimonial, la sospecha por lo tanto de la comisión de un posible hecho delictivo (Berdugo, 2016).

4 Conclusiones

Estas figuras jurídicas representan respuestas penales ante la exhibición impune de riquezas de origen inconfesable. En este contexto, nos movemos entre lo inexplicable y lo delictivo, donde se presumen delitos previos que no han sido conocidos o probados. En algunos casos, puede ser que no se intente investigar debido a la dificultad probatoria de ciertos tipos de delitos, o la corrupción puede alcanzar tal nivel que algunos casos quedan blindados y no se busca esclarecer su origen. Por otro lado, estos tipos penales se convierten en verdaderas herramientas o el último recurso disponible para la Fiscalía General del Estado para acelerar las sentencias condenatorias. Sin embargo, en la práctica, son pocos los casos que llegan a la etapa de juzgamiento.

La pluralidad de opciones que pueden adoptarse para decomisar bienes son va-

rias. En primer lugar está la actuación sobre el decomiso fuera del ámbito penal. Evidentemente, la tipificación de nuevos tipos penales, el blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito, así como de nuevas consecuencias accesorias como decomiso ampliado en la legislación española, decomiso de terceros y decomiso sin sentencia condenatoria, otorga a la Fiscalía General del Estado el deber de actuar con base en principios que deben ir sujetando su actuación procesal al principio de eficacia en la respuesta penal. Como es obvio, también debe considerarse el principio de intervención mínima en el Derecho penal, al tener en cuenta una sabia y prudente política criminal de *ultima ratio*.

El peligro que plantea el delito de blanqueo de capitales – me atrevería a decir también el de enriquecimiento ilícito– es

que se utilice como *cajón de sastre*, o incluso como una calificación alternativa a cualquier otro delito, cuya realización no pueda probarse (Muñoz, 2009). En cuanto al decomiso ampliado, se puede convertir en un mecanismo penal expropiador (Fer-

nández, 2011). Por lo que, podemos decir que estamos ante una *desarmonización del Derecho penal*. Con estas críticas, la necesidad de optar por otros medios alternativos o administrativos para la recuperación de activos resulta evidente.

Conflicto de intereses:

La autora declara que no existe conflictos de intereses en la presente obra realizada.

Referencias Bibliográficas

- Aguado, T. (2017). Normas mínimas sobre el decomiso de los instrumentos y del producto de la delincuencia. En J. Ballesteros (Ed.) *Criminalidad Organizada Transnacional: Una amenaza a la seguridad de los Estados Democráticos*, 551-590. Ed. Tirant lo Blanch.
- Asencio, J. M. (2007). La lucha contra la corrupción el delito de enriquecimiento ilícito. En M. Alcaraz (Ed.), *El Estado de Derecho frente a la Corrupción Urbana*, 75-118. Editorial La Ley.
- Berdugo, I. (2016). Corrupción y Derecho Penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal. *Revista Penal*, (37), 23-45.
- Berdugo, I. (2017). Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso. *Revista Penal*, (40), 22-42.
- Blanco, I. (2021). Cartilla Técnica en Recuperación de Activos y Comiso, Fundación Panamericana para el Desarrollo (PADF). Apoyo de la Oficina Internacional de Asuntos Antinarcóticos y Aplicación de la Ley, United States Department of State.
- Carrillo, A. (2018a). *Decomiso y Recuperación de Activos en el Sistema Penal Español*. Editorial Tirant lo Blanch.

- Carrillo, A. (2018b). La expansión del delito de enriquecimiento ilícito: entre el éxito en América Latina y el fracaso en Europa. En M. Alcántara., M. García. & F. Sánchez (Eds.), *Estudios Sociales, Memoria del 56 Congreso Internacional de Americanistas*, 696-705. Editorial Universidad de Salamanca.
- de la Fuente, J. (2004). El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su constitucionalidad. en: *Revista de Derecho Penal*, 1(s/n), 79-119.
- De la Mata, N. (2017). El fundamento del decomiso como 'consecuencia' del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo. En J. M. Silva., J.J. Queralt., M. Corcoy. & M. Castiñeira Eds.), *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 939-948. Ed. B de F.
- Del Carpio, J. (2015), El delito de enriquecimiento ilícito: Análisis de la Normativa Internacional. *Revista General de Derecho Penal*, (23), 1-67.
- Eser, A. (2001). La Evolución del Derecho Penal alemán en las últimas décadas del siglo XX. En L. Arroyo., I. Berdugo. & M. Barbero (Eds.), *Homenaje al Dr. Mario Barbero Santos: "in memoriam"*, 263-284. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Fabián, E. (2017). Blanqueo de Capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. En N. Rodríguez. & F. Rodríguez (Eds.), *Corrupción y Desarrollo*, 323-352. Editorial Tirant lo Blanch.
- Fernández, M. (2017). Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de Enriquecimiento Ilícito. En M. Fernández (Ed.), *Justicia Penal y Nuevas Formas de Delincuencia*, 268-296. Editorial Tirant lo Blanch.
- Gauna, C. (2014). El Enriquecimiento Ilícito de funcionarios Públicos en el Código Penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (3), 25-34.
- Gimeno, J. (2014). Recuperación de Activos y Proceso Penal - algunas cuestiones relevantes. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, (2), 169-198.
- González, J. (21 de diciembre de 2006). El decomiso y el embargo de bienes. *Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/issue/view/445>
- Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, Boletín Oficial Español No. 307, de fecha 12 de enero de 2023. Consultado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21800>
- Martínez, C. (2018). *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*. Editorial Tirant lo Blanch.

- Maugeri, A. (2001). *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*. Giuffrè.
- Mikkelsen, J. (2001). *El Enriquecimiento Ilícito., El desafío para la ciencia jurídica penal en la sociedad actual de enfrentar a la Corrupción en la Administración Pública*. Ed. Fedye.
- Mir, C. (2022). El delito de enriquecimiento ilícito o injusto. En V. Valiente & G. Ramírez (Eds.), *Un modelo integral de Derecho penal – Libro homenaje a la profesora Mirexu Corcoy Bidasolo*, 1245–1257. Editorial Boletín Oficial del Estado, BOE.
- Muñoz, F. (2009). Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. En M. Souto & N. Sánchez. (Eds.), *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de capitales*. 157–174. Editorial. Tirant lo Blanch, Valencia – España.
- Olaizola, I. (2023). El delito de enriquecimiento ¿No justificado? ¿Ilícito?. *Revista Penal*, (52), 179–200.
- Raga, A. (2023). El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado. En J. González (Ed.), *Comentarios a la LO 14/2022 de reforma del Código Penal*, 189–234. Editorial Tirant lo Blanch
- Rodríguez, N. & Orsi, O. (2015). El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina, tendencias y perspectivas. *Cuadernos de Política Criminal*, (116), 201–260.
- Sancinetti, M. (1994). *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Editorial Edigraf. S.A
- VVidales, C. (2017). El “autoblanqueo” en la legislación penal español. Reflexiones a propósito de su tratamiento jurisprudencial. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (31), 303–330.
- Vives, T. (2007). Más allá de toda duda razonable. *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, (2), 167–188.