



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

**“EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y EL
TESTAFERRISMO, COMO TIPO PENAL
AGRAVADO”.**

**TESIS PREVIO A OPTAR EL
TITULO DE ABOGADO.**

POSTULANTE:

Carlos Merino Luna

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Mauricio Aguirre Aguirre Mg. Sc.

LOJA-ECUADOR

2014

CERTIFICACIÓN

Dr.

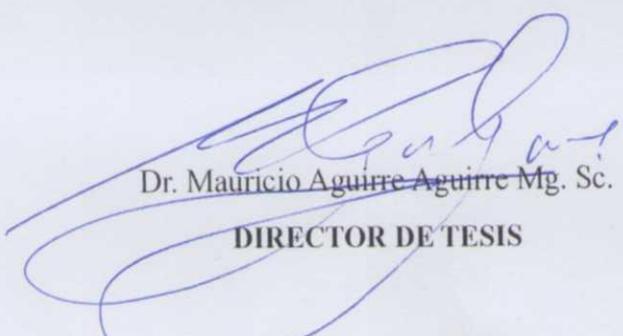
Mauricio Aguirre Aguirre Mg. Sc.

**CATEDRÁTICO DEL AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
“CARRERA DE DERECHO” DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

CERTIFICA:

Que ha dirigido el trabajo de tesis, con el tema: **““EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y EL TESTAFERRISMO, COMO TIPO PENAL AGRAVADO”**, presentado por Carlos Merino Luna, por lo que una vez que el postulante ha realizado todas las observaciones realizadas por el tribunal de grado correspondiente; para la mejor argumentación científica del estudio, autorizo la presentación de la investigación para la respectiva sustentación y defensa.

Loja, Mayo de 2014



Dr. Mauricio Aguirre Aguirre Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

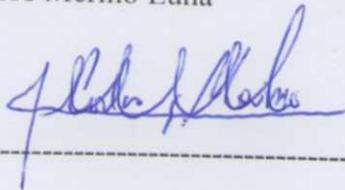
AUTORÍA

Yo, **Carlos Merino Luna**; declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Carlos Merino Luna

Firma: -----



Cédula: 091813452-9

Fecha: Loja, Mayo de 2014

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

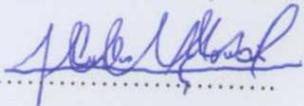
Yo, **Carlos Merino Luna**, declaro ser autor de la tesis titulada **“EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y EL TESTAFERRISMO, COMO TIPO PENAL AGRAVADO”** Como requisito para optar al grado de **ABOGADO**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 15 días del mes de Mayo de dos mil catorce, firma el autor.

Firma:.....



Autor: Carlos Merino Luna

Cédula: 091813452-9

Dirección: Azuay y Nicolas García

Correo Electrónico: carlos_merino20@hotmail.com

Teléfono: 254534 Celular: 099086867-2

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dr. Mauricio Aguirre Aguirre Mg. Sc.

Tribunal de Grado: Dr. Maximo Armijos Mg. Sc.

Dr. Otto Montesino Mg. Sc.

Dr. Alex Riascos Mg. Sc

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico en su totalidad, a mi querida mamá, por todo su cariño, entusiasmo y sus consejos hacia mí, sobre todo en mis estudios.

Carlos Merino Luna

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja por ser la forjadora en la formación académica y científica de nuevos profesionales al servicio de la sociedad.

Al Área Jurídica, Social y Administrativa, en su Carrera de Derecho, de la Universidad Nacional de Loja, a sus autoridades y docentes, que nos brindaron el apoyo, tanto académico como profesional. En especial al Dr. Mauricio Aguirre Aguirre, por su gran dedicación, por sus enseñanzas y por contribuir en la realización de esta investigación.

A las Instituciones que me permitieron obtener datos para la realización de la presente tesis.

A quienes nos permitieron realizar nuestras prácticas jurídicas, y acercarnos al ejercicio de nuestra profesión.

A todos con quienes he compartido durante muchos años el proceso de formación académica, así como experiencias, penas y satisfacciones alcanzadas; y,

A todas las personas que de una u otra forma han contribuido en la realización del presente trabajo.

El autor

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE PRESENTACIÓN

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

TABLA DE CONTENIDOS

1. TITULO

2. RESUMEN

ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 DELITO

4.1.2 ACCIÓN

4.1.3 TIPO PENAL

4.1.4 ANTIJURIDICIDAD

4.1.5 CULPABILIDAD

4.1.6 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

4.1.7 TESTAFERRO

4.1.8 AGRAVANTE

4.1.9 FUNCIONARIO PÚBLICO

4.1.10 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

4.2.2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EVOLUCIÓN HISTÓRICA

4.2.3 EL TESTAFERRISMO

4.2.4 LA DOCTRINA EN LAS CONDUCTAS AFINES AL TESTAFERRISMO EN
ECUADOR

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

4.3.2 CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

4.4 DERECHO COMPARADO

4.4.1 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

4.4.2 CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA

4.4.3 CÓDIGO PENAL DE FRANCIA

5. MATERIALES, MÉTODOS Y PROCEDIMIENTO

6. RESULTADOS

6.1. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

6.2. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

7. DISCUSIÓN

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

7.3 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA PARA LA SANCIÓN

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TITULO:

**“EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y EL TESTAFERRISMO, COMO
TIPO PENAL AGRAVADO”**

2. RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador vigente, establece en su artículo 233, que serán responsables civil, administrativa y penalmente por sus acciones u omisiones, los servidores públicos que cometan actos ilícitos en el ejercicio de sus funciones, donde pues haber testaferrismo, enriquecimiento injustificado, peculado, entre otros; incluso las acciones para perseguir determinados delitos contra la administración público son imprescriptibles; de ahí la necesidad de tipificar conductas afines que prevengan el cometimiento de otras conductas como el ocultar los bienes, activos, ingresos y dinero en efectivo en terceras o interpuestas personas, perjudicando al patrimonio del Estado, por no declararlos legalmente, lo cual, dependiendo del daño causado debe ser sancionado penalmente, y más aún si dicho dinero proviene de una conducta ilícita, es decir que en el Estado ecuatoriano, no existe un tipo penal que sancione dichas conductas y por ende la necesidad de tipificar en el Código Penal estos actos antijurídicos por cuanto se perjudica al patrimonio del Estado, además de la agravación punitiva por tratarse de servidores públicos.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Ecuador in force, provides in Article 233, which will be responsible for civil, administrative and criminal law for their actions or omissions , public servants who commit wrongful acts in the exercise of their functions , where they have testaferrismo , unjustified enrichment , embezzlement, among others, including actions to prosecute certain crimes are imprescriptible public administration , hence the need to treat similar conduct to prevent the commission of other behaviors such as hiding the property, assets, income and cash in third or interposed persons , damaging the property of the State, not to declare them legally , which , depending on the damage caused must be punished criminally , and even more if that money comes from illegal conduct, in Ecuador , there is offense to punish such conduct and thus the need to treat the Criminal Code such acts wrongful in that it harms the national heritage , as well as increases the penalty for being public servants.

3. INTRODUCCIÓN

El estudio de investigación, en su categoría de tesis, tiene suma relevancia jurídica en el campo penal, por cuanto en el proyecto de tesis se estableció la necesidad de incorporar en el Código Penal ecuatoriano como el ocultamiento de bienes de servidores públicos en interpuestas personas, para así evitar pago de impuestos y tenencia ilegal, perjudicando al Estado; de esta forma se empezó analizando en el marco conceptual el análisis de la teoría del delito, ahondando en la tipicidad, para pasar a tratar la función pública, el servidor público y el delito de testaferrismo; de igual forma en el marco doctrinario se analizó la evolución histórica de las circunstancias agravantes, así como de la administración pública, el testaferrismo y otras conductas afines, y la doctrina en conductas afines al testaferrismo.

Seguidamente se analizó el marco jurídico tratando la norma constitucional sobre la administración pública y la responsabilidad penal de los servidores públicos; seguidamente se analizó el Código Penal respecto del enriquecimiento injustificado, y la Ley para prevenir el lavado de activos, en sus diversas conductas, y así tratar en derecho comparado legislaciones como la colombiana, española y francesa en cuanto a conductas afines al blanqueo de dinero, testaferrismo y lavado de activos.

Se continuó con los materiales, métodos y procedimientos, su utilización, en especial de ciertos métodos como son el científico, inductivo, deductivo, analítico, sintético, descriptivo y materialista histórico, y así pasar a la fase de investigación participativa.

En cuanto a los resultados y la investigación de campo se logró establecer de forma práctica que se requiere reformar el Código Penal ecuatoriano, y una eventual reforma al Código Orgánico Integral Penal, incorporando un nuevo tipo penal que sancione con pena agravada al funcionario público que oculte sus bienes en terceras o interpuestas personas, y de esta forma perjudicar al Estado.

Dentro de la síntesis del informe final, se dieron las respectivas conclusiones y se propusieron las recomendaciones, lo que dio paso a la propuesta de la reforma jurídica, para concluir con las referencias finales donde se presentó la bibliografía, el apéndice y los respectivos anexos donde se incluyen los modelos de entrevista y encuesta, así como el respectivo índice.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 DELITO

Delito desde un punto de vista material, pragmático es un acto típico, antijurídico, culpable y punible, es decir cabe analizar cada uno de estos elementos para saber si una persona es responsable o no de un delito, si hubo por ejemplo un error de tipo, legítima defensa, o era un enajenado mental, estas situaciones que valoran estos elemento del tipo penal, asunto fundamental dentro de la teoría del delito y de la pena, porque por ejemplo el asunto materia de la presente investigación no es típico, es decir no existe una figura agravada cuando un funcionario pública usa testafierros para esconder sus bienes. Al respecto sobre la conceptualización de delito encontramos que es: “De acuerdo al principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción con el nombre de delito (lato sensu) y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito. Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley (...).

Como lo venimos de constatar, las diferentes concepciones doctrinales hacen referencia a un esquema básico de la infracción acción típica, ilícita y culpable”¹. El

¹ HURTADO POZO, José, “**MANUAL DE DERECHO PENAL, FUNDAMENTOS GENERALES DE LA LEY PENAL, EL DELITO ITES CRIMINIS, PARTICIPACIÓN Y CONCURSO**”, Editorial EDDILI, 2da. edición, Lima – Perú, 1987, Pág. 186.

autor expresa que el delito se encuentra dentro del principio de legalidad, es decir que si no se encuentra previsto en la ley (Código Penal, por ejemplo), así como su pena, no existe delito, se encuentra inmerso en este principio, esto desde luego en sentido lato, lo que conlleva a no profundizar en el tema; posteriormente ya establece el autor que se trata de un acto típicamente antijurídico y culpable, lo que significa que es un acto típico, pues el legislador ha previsto una fórmula jurídica con determinados elementos (objetivos y subjetivos) en la norma penal que protege un bien jurídico (vida, por ejemplo), y que dicho acto está penado por la ley; antijurídico debido a que es contra Derecho, es decir que si se dio por legítima defensa, por ejemplo, no sería antijurídico; y, finalmente culpable, que dicho acto típico y antijurídico se le pueda reprochar al sujeto activo del delito, es decir puede que un sujeto haya cometido un acto típico, antijurídico pero no necesariamente culpable en el caso en que el sujeto activo del delito se halle en estado de perturbación mental para ello su valoración, y ahí recién establecer su culpabilidad.

Por su parte el profesor Ossorio, en su Diccionario Jurídico establece que delito es: “...una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta”². Concepto similar al establecido por Manuel Ossorio, es decir un acto típico, antijurídico y culpable, estos tres como elementos intrínsecos del delito, donde se empieza por el primero: acto típico, si se adecúa a la figura establecida en la ley; seguidamente si es antijurídico, es decir que va

² OSSORIO, Manuel, “**DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES**”, Editorial HELIASTA, 28va. edición, Buenos Aires – Argentina 2002, Pág. 292.

contra Derecho, y finalmente culpable, si su acción típica y antijurídica se le puede reprochar a quien cometió el ilícito.

4.1.2 ACCIÓN

La acción desde el punto de vista de la teoría del delito se la toma como la materialización de un acto que puede ser o no pensado (querido, previsto) por un individuo, por ejemplo un acto reflejo, o estar el sujeto en estado de sonambulismo, no lo piensa el individuo sin embargo lo comete; o, pensado como el hecho de golpear a otra persona, que desde la atalaya penal se debe tener muy en cuenta si dicho acto se encuentra tipificado en la ley como prohibido, por ello cabe resaltar que los simples pensamientos al no ser materializados no son actos; así para el maestro Von Beling, acción es: “Para un individuo, la punibilidad surge siempre solamente de sus propias acciones. Debe entenderse por "acción" un *comportamiento corporal (fase externa, "objetiva" de la acción)* producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, "*voluntariedad*"), (*fase interna, "subjetiva" de la acción*); ello es, un "*comportamiento corporal voluntario*", consistente ya en un "hacer" (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej. levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un "no hacer" (omisión), ello es, distensión de los músculos”³. El famoso jurista expresa varias categorías de acción, desde la fase externa: movimiento del cuerpo, lo que denomina voluntariedad; asimismo una interna, que es el querer hacer algo, estas dos categorías tienen relevancias si van juntas, es decir el querer

³ VON BELING, Ernst, “*ESQUEMA DE DERECHO PENAL, LA DOCTRINA DEL DELITO-TIPO*”, Clásicos del Derecho, Librería “El Foro”, Buenos Aires- Argentina, 2002, Pág. 42.

(voluntariedad), y el hacer (materialización), y si dicha acción se encuentra prevista en la norma penal como delito, posee relevancia jurídicopenal.

Asimismo, según la teoría causal de la acción, existen dos elementos fundamentales, por un lado la voluntad, el querer, y por otro la materialización, en este aspecto tenemos: “Los partidarios de la concepción causal o natural de la acción consideran a ésta como un puro suceso causal. Se trataría de un comportamiento corporal (fase externa, "objetiva de la acción", producido por el dominio sobre el cuerpo; es decir, libertad de inervación muscular, "voluntariedad" fase interna "subjetiva" de la acción: un comportamiento corporal causado mediante la voluntad. El contenido de la voluntad, que se manifiesta en el movimiento corporal, no es considerado como un factor perteneciente a la acción. Su análisis deberá realizarse, según los defensores de la teoría causal, sea al determinarse la ilicitud del comportamiento, sea al analizarse si el agente actuó culpablemente”⁴. Cabe destacar en este aspecto que a partir de estos dos elementos hay que analizar si el sujeto actuó de forma ilícita, es decir si su comportamiento es contra derecho, o de forma culpable, esto dependerá del derecho positivo.

4.1.3 TIPO PENAL

El profesor Von Beling es quien promulgó la teoría del tipo penal, para él, esta es: “Toda figura delictiva *autónoma* se compone de una pluralidad de elementos, los cuales se encuentran en la correspondiente ley penal previstos a veces *expressis verbis*,

⁴ HURTADO POZO, José, Ob. cit., Pág. 190.

a veces *sub intelligenda*, para precisarse o completarse por interpretación. Encuétranse esos elementos en parte en la faz externa (objetiva), en parte en la faz interna (subjetiva) de la acción. Los elementos externos caracterizan el "*tipo de ilicitud*" de cada caso y los internos las particularidades de la *culpabilidad* que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud como tipo de delito. Pero en cada figura delictiva todas sus características se orientan hacia una imagen unitaria a la cual se relaciona cada uno de los elementos, ya inmediata, ya mediatamente"⁵. Según el maestro Von Belling, el tipo penal es un conjunto de elementos previstos en la ley, unos de ellos de carácter descriptivo, y otros de carácter normativo, es decir que los primeros especifican cosas en concreto, por ejemplo: animales, cosas; mientras que el otro tipo de elementos poseen un carácter más subjetivo como voluntad por ejemplo.

“Nosotros hemos traducido, desde la primera época en que dimos a conocer la doctrina del tipo, como *tipicidad* esta característica del delito de índole descriptiva que se designa en alemán con la palabra *Tatbestand*.

Hay grande anarquía para verter esa expresión. Los italianos hablan de "hecho-especie", y Juan P. Ramos, en la Argentina, trata del "caso penal" o "caso legal". Nos parecen estas expresiones sobremanera expuestas a equívocos. El "hecho-especie" se confundiría con el tipo de hecho que acabamos de rechazar, y el "caso legal" más bien parece aludir a los casos prácticos que se ponen en los seminarios y a los que juzgan los tribunales y que luego se coleccionan en revistas o libros de jurisprudencia.

⁵ VON BELING, Ernst, Ob. cit., Págs. 76 y 77.

Pedro Ortiz, en Chile, traduce esta característica con el inelegante término "encuadrabilidad". Y Sebastián Soler denomina la parte en que se ocupa de este tema con el epígrafe "Teoría de la subordinación". Estas versiones del concepto de tipicidad también nos parecen expuestas a error. Más bien aluden a la adecuación típica (*Tatbeslandmassigkeü*), de la que luego se hablará, y que en el sentir de Beling nada tiene que ver con el *Tatbestand* o imagen rectora⁶. Según el profesor Jiménez de Asúa, la tipicidad engloba un carácter de índole netamente descriptivo, es decir abarca a los tipos penales, se lo trata como un principio, donde se garantiza en cada tipo penal sus elementos (carácter descriptivo); es decir es el principio que protege y garantiza a los tipos penales.

“Cabe advertir que la tipicidad de una acción señala su prohibición penal, es decir, su conflictividad penal, a partir de la cual se averigua su antijuridicidad y su culpabilidad, que son caracteres de esa acción típica y no de otra, con lo cual la tipicidad se proyecta a los desvalores sucesivos de la misma acción”⁷. Importante lo destacado por el maestro Zaffaroni puesto que en la tipicidad se averigua si existe una prohibición, es decir que posee una sanción penal, por ende posterior a ello se averiguaría si dicho acto típico, es antijurídico y culpable.

Por su parte el profesor argentino Eugenio Zaffaroni sobre el tipo penal expresa que son: “...tipos las *fórmulas que usa la ley para señalar los pragmas conflictivos cuyas*

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “**PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO**”, Editorial SUDAMERICANA ABELEDO-PERROT, Tercer edición, Págs. 235 y 236.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “**TRATADO DE DERECHO PENAL**”, Parte General, Ob. cit., Pág. 440.

acciones amenaza con pena. Para el poder punitivo es la formalización de la criminalización primaria que habilita su ejercicio en leyes con función punitiva manifiesta”⁸. Es decir que son fórmulas jurídicas que crea el legislador para establecerlas en la norma penal, mismas que poseen un carácter punitivo, es decir un efecto sancionador a quien comete uno de estos actos.

4.1.4 ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad es un juicio negativo que se hace al acto antijurídico, porque puede que haya en verdad un acto típico, pero no necesariamente antijurídico, por ejemplo, si hay legítima defensa ese acto típico posee desvalor, no sería contra derecho, así se establece que es: “En tanto que la *antijuridicidad* es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, el *injusto* es la misma conducta humana desvalorada”⁹. Para este autor, el injusto es una valoración sobre si el autor del delito estuvo en un estado donde haya una justificación a su actuar (legítima defensa, estado de necesidad), según el cual pese a haber cometido un acto típico, no resulta antijurídico.

Para el profesor Quintero Olivares la antijuridicidad es: “... “formalmente antijurídico”, cuando a su condición de típico une la de no estar especialmente justificado por la concurrencia de alguna de las circunstancias de tal naturaleza que la ley contempla (por ejemplo, la legítima defensa). Por lo tanto, la antijuridicidad formal

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “**TRATADO DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL**”, Tomo I, Editorial “EDIAR”, Sin edición, Buenos Aires – Argentina 1998, Pág. 432.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “**TRATADO DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL**”, Ob. Cit. Tomo I, Editorial “EDIAR”, Sin edición, Buenos Aires – Argentina 1998, Pág. 590.

no es más que *la oposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico positivo*, juicio que se constata en el modo expuesto”¹⁰. Es decir que después de comprobar la tipicidad, cabe analizar si existe la antijuridicidad, es decir si por ejemplo legítima defensa, donde pese a que se ha cometido un acto típico, si se comprueba los presupuestos de la legítima defensa, resulta que no es antijurídico.

4.1.5 CULPABILIDAD

La culpabilidad como tercer elemento del delito es un juicio de reproche al sujeto activo de un delito, así lo entiende el profesor alemán Roxin: “La responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídicopenal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como “responsable” de una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal, a una pena. Los presupuestos de la responsabilidad jurídicopenal son, entre otros, la culpabilidad (§ 19 y 20), la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad (§ 17) y la normalidad de la situación en la actúa, que falta en el caso de determinadas formas de peligro (§ 35) y de exceso en la legítima

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “**LA ANTIJURIDICIDAD, IMPUTACIÓN OBJETIVA Y ANTIJURIDICIDAD**”, Editorial Jurídica Bolivariana Bogotá-Caracas-Panamá-Quito, 2002, Primera edición, Pág. 449.

defensa (§ 33)...”¹¹. El autor alemán manifiesta que posterior a comprobar que un sujeto ha cometido un acto típico y antijurídico, se debe establecer la culpabilidad a través del juicio de reprochabilidad, es decir si el individuo que cometió el ilícito conocía comprendía que su actuar estaba prohibido por la norma, como puede ser el ejemplo de un enajenado mental.

El profesor Zaffaroni respecto de la culpabilidad manifiesta que es un principio –más importante-, indispensable en la teoría del delito, y por ende en un Estado de Derecho, así lo expresa: “*El principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante*”¹². Esto es que cabe analizar el aspecto interno (mental) del sujeto activo del delito, es decir que todos los seres humanos somos susceptibles de cometer errores o de desconocer (tipos penales), y que estos errores o desconocimientos (subjetivos, mentales, intrínsecos en el ser humano), deben ser valorados conforme a las circunstancias del hechos y particularidades del individuo.

4.1.6 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se considera que el tipo penal protege bienes jurídicos como por ejemplo son: la vida, integridad, sexualidad, patrimonio, en fin, es en base a estos bienes jurídicos que el

¹¹ ROXIN, Claus, “**DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO**”, Madrid – España, 1997; Editorial CIVITAS, 2da. edición, Tomo I, p. 791.

¹² ZAFFARONI, Eugenio, “**DERECHO PENAL, PARTE GENERAL**”, Sociedad Anónima Editora EDIAR, 2da. edición, Buenos Aires – Argentina, 2002, Pág. 139.

legislador adecua el tipo penal, y así proteger dicho bien, al respecto: “Todas las normas que el Estado dicta lo son en función de la protección de bienes jurídicos. De ahí que el bien jurídico aparece como indicador para entender el núcleo material de lo injusto, que es común a todo el comportamiento antijurídico (...) De lo expuesto, se puede afirmar que el bien jurídico es el centro de toda construcción, tanto de la norma como del tipo penal.

Con ello ya se puede adelantar que, tanto la interpretación como el conocimiento de la ley penal, remiten inmediatamente al bien jurídico.

Cuando se reconoce un interés o valor y se lo lleva a la categoría de bien jurídico, y al mismo tiempo se busca la sanción penal para su protección, aparece entre ambos la norma imperativa, que obliga respetar el bien jurídico”¹³. El autor expresa que generalmente las normas protegen bienes jurídicos, de ahí que éstos bienes poseen una condición elevada, y por ende su protección a través de una norma penal, es decir para que las personas no atenten contra dichos bienes, que en el caso que nos atañe se trata de la integridad física y salud del ser que se encuentra en la etapa que comienza con la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer hasta que se inicia el parto, se protege la integridad y la salud del ser humano que tiene vida dependiente.

Por su parte el profesor Ossorio comenta: “Concepto que presenta particular importancia en el Ámbito del Derecho Penal, porque cada uno de los delitos se

¹³ DONNA, Edgardo Alberto, “**TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA, IMPUTACIÓN DELICTIVA**”, Editorial ASTREA, 1ra. edición 1995, 1ra. reimpresión 2001, Buenos Aires – Argentina 2001, Pág. 57.

entiende que atenta contra el bien que la legislación protege: vida, propiedad, familia, honestidad, honor, seguridad nacional, administración pública, etc. Pero, en la doctrina, existen profundas diferencias acerca de cuál sea el bien jurídico protegido frente a la comisión de los delitos o de algunos de ellos.

Fuera de su aspecto penalístico, se debe entender que es un bien jurídico el que se encuentra amparado dentro de todos los aspectos del Derecho”¹⁴. Como bien lo establece el jurista, las normas –en este caso penales-, protegen bienes jurídicos que son objeto de estudio antes de su promulgación como ley (tipo penal), por el legislador para saber a qué bien jurídico se protege, y en qué medida, de lo contrario carecería de razón pretender resguardar el acaparar aire, como medida de protección en el hipotético caso que éste se acabara, no tendría sentido.

3.1.7 TESTAFERRO

El testafarro es conocido como la persona que recibe como dueño bienes o dinero de otra que los consiguió de forma ilícita, es decir sin poder justificar su accesibilidad de ellos de forma legal.

“Persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona”¹⁵. Este concepto no conlleva una connotación penal, de la que versa este trabajo, pero asimismo lo define como la persona que toma como suyos determinados bienes, o dinero que en realidad pertenecen a otra persona.

¹⁴ OSSORIO, Manuel, Ob. cit., Pág. 128.

¹⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición.

“También se dice, aunque menos corrientemente, testaférrea y testa de ferro, de estas mismas palabras italianas, que significaban cabeza de hierro. Se trata del que presta su nombre o aparece como parte en algún acto, contrato, pretensión, negocio o litigio, que en verdad corresponde a otra persona”¹⁶. Esta conceptualización nos manifiesta que es la persona que da su nombre para aparentar como dueño de determinados negocios, o bienes, lo que dependiendo de la legislación penal de cada país puede llegar a ser un ilícito.

4.1.8 AGRAVANTE

Las circunstancias agravantes, como su nombre lo indica hace que la pena impuesta en el tipo penal correspondiente se aumente por efectos de la gravedad prevista como “agravante”, por ejemplo un asalto aprovechándose de la oscuridad de la noche.

“Lo que torna más grave algún hecho o cosa. II En lo penal, cada una de las circunstancias agravantes”¹⁷. Aquello aumenta la pena por existir determinadas conductas que acompañan a las detalladas en el tipo penal que hacen que no haya mayor maldad, como dar muerte a una persona por recompensa pecuniaria.

“Agravante calificada: En determinadas leyes punitivas, calificación dada a la reincidencia y a la habitualidad, por sus efectos para recargar sumamente las condenas”¹⁸.

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo, “DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Tomo IV, Editorial HELIESTA S.R.L., 7ma. Edición, Buenos Aires, 1972, p. 208

¹⁷ *Ibidem*, pp. 213 y 214.

¹⁸ *Ibidem*, p. 213.

En determinados casos, existen agravantes cuando el procesado ha reincidido en conductas prohibidas por la ley, es decir que ha cometido varios delitos, por los cuales ha sido declarado culpable teniendo sentencia condenatoria ejecutoriada.

4.1.9 FUNCIONARIO PÚBLICO

En el Ecuador se lo considera en la actualidad como servidor público; se lo considera de esta forma porque trabaja para el Estado teniendo una categoría o jerarquización debido a su profesionalismo superior al de un trabajador; para el jurista Muñoz Conde es: "...para que pueda hablarse de funcionario público a efectos penales tiene que haberse dado una incorporación de la persona en cuestión a la actividad pública, por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, aunque estas tres fuentes de la incorporación pueden reducirse a una: a la disposición de la ley, por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una ley que las determine. Quien realice funciones públicas careciendo de este requisito no es funcionario a efectos penales"¹⁹. Es decir, la persona que trabaja en la actividad pública, y que haya ingresado por libre nombramiento y remoción, o por concurso de méritos y oposición, o por elección popular; y, quien realice funciones de servidor público sin los parámetros antes detallados, podría cometer un delito.

No obstante (...), a efectos penales al particular que realiza determinadas funciones, como por ejemplo, a los efectos del delito de malversación de caudales públicos, al particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos; o a

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, "DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL", Editorial TIRANT LO BLANCH, 18va. Edición, Valencia – España 2010, pp. 985 y 986.

los del delito de violación de secretos, al particular encargado accidentalmente del despacho o custodia de documentos, bastando, pues, esta atribución para asignarle dicha cualidad, siempre que obviamente se dé esa incorporación a la actividad pública en cuestión”.

"El ciudadano ecuatoriano comprendido en el servicio civil, que ejercen funciones públicas remuneradas, en dependencias fiscales o en otras instituciones de derecho público y en instituciones de derecho privado, con finalidad social o pública, y que es legalmente nombrado"²⁰. Define el autor, a los ciudadanos que están inmersos dentro del servicio civil, por el hecho de ejercer funciones públicas por las cuales reciben una remuneración.

4.1.10 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública es la competencia o facultad que posee el Estado, para a través de sus diversos organismos regular, controlar en base a la ley las diferentes instituciones, sus funciones en beneficio de la colectividad, la sociedad; así lo entiende el profesor Secaira: “La administración pública no es otra cosa que la actividad permanente, irrenunciable y concreta del Estado para lograr sus objetivos por medio de un aparato orgánico, sometido al ordenamiento jurídico.

La administración pública es ejercida por el Estado, sea a través de sus órganos e instituciones, dentro de un marco jurídico previamente estructurado, teniendo a su

²⁰ SÁNCHEZ ZURATY, Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Ambato-Ecuador, 2000, p. 401.

disposición el dominio de sus bienes, brindando servicios públicos. Desde luego la norma objetiva fija los límites de su actividad y las prerrogativas jurídicas de los gobernados, posibilitando su efectivo reconocimiento”²¹. Según el jurista, es la actividad que le compete al Estado a través de sus organismos para regular el campo público en sus diversas formas: administración de justicia, municipios, gobiernos provinciales, etc.

“La actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías. La entidad que administra. Constituye función típica del Poder Ejecutivo, nacional o provincial, y de los municipios. Sus actividades son las que regula el Derecho Administrativo”²². Por otra parte, Ossorio establece que es la encargada de administrar la función pública, y que varía en cuanto a las competencias, pues existen de diversa forma, así tenemos el ejecutivo, los gobiernos provinciales, etc.

“La administración pública es una ciencia y arte, a la vez, que tiene por objeto el conocimiento y práctica de múltiples actividades, o servicios, ejercidos consciente e intencionalmente por los órganos administrados y servidores públicos, en general, en razón del mandato o representación del Estado, para lograr diferentes fines de la colectividad”²³. Por su parte el profesor Granja Galindo manifiesta que a más de ciencia, es un arte cuya finalidad es la de brindar servicios a la colectividad en sus

²¹ SECAIRA DURANGO, Patricio, “CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, Editorial Universitaria, 1ª edición, Quito –Ecuador 2004, p. 40.

²² OSSORIO, Manuel, Ob. cit., p. 61.

²³ GRANJA GALINDO, Nicolás, “FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, Universidad Técnica Particular de Loja, 3ª edición, Loja – Ecuador 1999, p. 100.

diferentes formas, puede ser a través de diversos organismos; esta facultad la posee el Estado en sí, misma que se encuentra regulada por un ordenamiento jurídico.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

La incertidumbre de la pena y la opresión de las libertades enderezan los empeños de los clásicos hacia la consecuencia de dos conquistas: la rigurosa determinación objetiva de las penas y el respecto por las garantías individuales.

“En líneas sumas tienden a circunscribir, cuando no a quebrantar, el albedrío judicial, originando directivas como la consagración de la interpretación literal de la ley, proscripción de la interpretación analógica, interdicción para reprimir actos no previstos expresamente por la ley, aplicación de las penas prefijadas por los códigos, inclusión de circunstancias agravantes-atenuantes específicas y proporción de normas rígidas para la recta aplicación de las penas según la gravedad del delito.

Si las circunstancias amenguan la penalidad, también la acrecientan. A veintidós llegan las previstas en el viejo Código español. Supera a cuantas legislaciones se conocen. Lo arduo de la empresa no lo arredra. Tan esforzado empeño no tiene logro venturoso. Como en los atenuantes cae en laxitud legal en los agravantes. Como tales considera, amén de los previstos, cualquier otra circunstancia de igual entidad, a más de análogas

a las enumeradas. Sin embargo, Pacheco adopta posición desigual. Halla injustificado para los agravantes lo que justifica para los atenuantes. La argumentación es más especiosa que robusta. En los atenuantes, discurre, se trata de rebajar, en los agravantes, de aumentar la pena. Aquello era indispensable en el interés de los individuos; esto no lo es en el de la sociedad. Sin embargo, ni los atenuantes miran al individuo, ni los agravantes a la sociedad. Para los clásicos importa la defensa jurídica, la defensa social para los modernos. La pena jamás se atenúa en el interés individual. Aunque el beneficiario de la atenuación es el individuo, el destinatario de la norma es el derecho o la sociedad, según las escuelas. Nada justifica un régimen desigualitario. Sea cual fuere el fundamento de las circunstancias, la mayor o menor gravedad del delito o la mayor o menor peligrosidad del delincuente, se desemboca en un mismo sistema”²⁴.

Aduce, a más, que en la larga enumeración no escapan las que ocasionan mayor alarma social. Duda sobre la existencia de otros casos. Ahora bien, se pregunta, ¿es oportuno, es conveniente, se debe admitir, que sólo por la posibilidad de esas cuestiones, hayamos de abandonar a los tribunales todo el poder que la analogía les confiere? No lo cree. A extramuros de la enumeración existen otras de tanta relevancia. Así olvida la importante cuestión de los móviles determinantes. Apenas considera el precio, la recompensa o la promesa como agravantes. La incongruencia con los atenuantes no puede ser más patente. La desconfianza sobre la omniprevisión legislativa alcanza por igual a los agravantes y a los atenuantes.

²⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial ANCALO S.A., Tomo II, p. 1018.

“No es menos frágil el argumento siguiente. La circunstancia no la disminuye, la deja en el tipo común. La represión y la expiación se verifican. Dirá quizá que hubiera sido conveniente un poco de más severidad. Pero la posibilidad de este juicio no ha de hacernos arrostrar los azares de una arbitrariedad evidentemente peligrosa.

Extremado el argumento, lleva a establecer un común denominador para todos los delitos. Por un mismo rasero debieran medirse. No importa ni lo que agrava ni lo que atenúa. Se trata de adecuar la pena al delito. No vemos, además, el peligro de la arbitrariedad. Pues los agravantes deben ser de la misma entidad y análoga a los anteriores”²⁵.

Apurando la argumentación, Pacheco cohonesto la arbitrariedad en beneficio de los particulares, no en contra de ellos, ni aun en beneficio de la sociedad. Esta ha hecho las leyes. No ha de aplicar en su favor a un tiempo la fijeza de su letra y el rigor de una interpretación extensiva.

Lo arbitrario jamás tiene fundamento, así perjudique o beneficie, aparte de que es más ajena a los hombres que a las leyes. La ley enumera los agravantes específicos y condiciona las genéricas. No hay arbitrariedad, sino arbitrio judicial. Aquello conduce a lo irremediable. El logro atinado del segundo depende de la circunspección del juez. La sociedad no procura ningún beneficio. No intenta agravar la pena a costa de la libertad individual. Antes bien, intenta ajustar la pena al delito.

²⁵ Ibídem. p. 1018.

4.2.2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La administración pública, desde una óptica formal, tiene sus inicios en la antigua Grecia; se puede considerar que ha existido antes, pero es en ella donde se plasma conforme a normas dicha administración.

“Para tener una idea acerca de los orígenes de la administración pública vale destacar que los clásicos griegos entre ellos Platón, Sócrates y Aristóteles, hacen varias referencias sobre este tema.

Sin embargo hay que tener presente el hecho de que la administración pública no tuvo desarrollo adecuado ni aplicación significativa dentro de las organizaciones estatales monárquicas y autocráticas.

El avance de la administración pública tiene lugar a través del desarrollo y fomento del Estado democrático, como el régimen que asume la responsabilidad de servir adecuadamente a su comunidad.

La administración pública tuvo vigencia, desde la utilización de los edictos reales o decretos a través de los cuales los gobernantes, hacían conocer a sus subordinados las decisiones que tomaban respecto a la conducción de las organizaciones gubernamentales, y ha ido creciendo a través del desarrollo de la concepción del Estado, y su organización manifestada en la distribución de funciones a otros órganos

estatales para el ejercicio y cumplimiento de las finalidades y objetivos de la administración pública”²⁶.

Asimismo, la administración pública se formaliza en un Estado democrático, cuya finalidad es servir a la sociedad, al pueblo, pues en organizaciones monárquicas y autocráticas es eclipsada por un poder hegemónico.

4.2.3 EL TESTAFERRISMO Y OTRAS CONDUCTAS AFINES

Al testaferrismo se lo conjuga con otros delitos como el enriquecimiento injustificado, narcotráfico, pero sobre todo con el lavado de activos; así encontramos:

“La actividad delictiva que se realiza en tres etapas que pueden ser identificadas con relativa facilidad, consiste en:

- a) Romper todo vínculo directo entre los fondos y el delito de que provienen;
- b) Borrar las huellas o vestigios, pruebas, en definitiva, de la actividad delictiva, para evadir a los organismos de control y a los investigadores;
- c) Poner a disposición del delincuente los bienes transformados o convertidos para que pueda disfrutar de ellos libremente”²⁷.

El comportamiento delictivo supone la ejecución de múltiples procedimientos, algunos de ellos muy sofisticados a los que recurre principalmente la delincuencia organizada,

²⁶ GRANJA, Galindo Nicolás, Fundamentos de Derecho Administrativo, Quinta Edición Actualizada, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador, 2006, p. 28.

²⁷ VACA ANDRADE, Ricardo, LAVADO DE DINERO, Segunda Parte, ver: <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/lavado-de-dinero-segunda-parte/>, consultado con fecha 01 de octubre del 2013.

que cuenta con un inmenso poder económico y capacidad de persuadir o infundir temor, por la violencia o amenaza, en las personas cuyo concurso es indispensable, particularmente mediante la corrupción de funcionarios públicos y bancarios, o recurriendo a la extorsión, el chantaje, el cohecho, y otros medios inmorales e ilegales. Todo esto produce un gran impacto en la sociedad, en el país, en la región y en el mundo, de tal manera que es la humanidad la que resulta afectada y ya no solamente la vida y salud del consumidor que ha sucumbido al vicio. Se dice con razón que se el proceso de lavado de activos afecta peligrosamente a los pueblos y a sus instituciones democráticas, sus economías; menoscaba los regímenes financieros y bancarios, corrompe y contamina al sistema social, jurídico y judicial poniendo en peligro el Estado de Derecho de los países. Por ello, la Convención de Viena declaró que el narcotráfico y el lavado de activos “genera grandes rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades financieras lícitas y la sociedad a todos los niveles”, por lo que la comunidad internacional resolvió “privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”.

“1. Tipo objetivo

1.1. Normativa internacional. La Convención de Viena de 1988 contempló las siguientes conductas constitutivas de lavado:

Artículo 3: Delitos y Sanciones

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

b) i) “la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones”;

b) ii) “la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativo a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos”;

c) “A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) “la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos”²⁸.

²⁸ *Ibíd.*

4.3.4 LA DOCTRINA EN LAS CONDUCTAS AFINES AL TESTAFERRISMO EN ECUADOR

La tipicidad de la conducta en la legislación ecuatoriana, al igual que sucede en otras legislaciones del mundo, en el Ecuador podemos afirmar que estamos frente a un tipo autónomo de actuación y participación delictiva que pretende cubrir todas las posibles formas de comisión del delito que se busca reprimir, siendo del caso resaltar que se han utilizado todos los verbos que podrían describir las conductas a reprimirse; así tenemos lo siguiente:

En el Art. 77 que, es el nuclear y constituye un delito autónomo dentro de la ley que reprime el narcotráfico, se castiga a “quienes a sabiendas de que los bienes muebles o inmuebles, dineros, valores o instrumentos monetarios, documentos bancarios, financieros o comerciales han sido adquiridos o transferidos a través de la realización de los delitos tipificados en este Capítulo, con el propósito de ocultar tal origen contribuyeren a negociarlos, convertirlos o transferirlos a otras actividades legales o ilegales, serán sancionados con cuatro a ocho años de reclusión mayor ordinaria y multa de veinte a cuatro mil salarios mínimos vitales generales.

Los verbos rectores o nucleares que denotan la acción que constituye delito son “convertir” o “transferir”.

Convertir es ayudar de cualquier manera a transformar los efectos del delito, principalmente el dinero que produce la venta de sustancias estupefacientes o

psicotrópicas, incorporándolo o sustituyéndolo por otros bienes de procedencia en principio lícita, como sería el caso de adquirir casas, edificios, haciendas, aviones, o barcos con el dinero del narcotráfico. Convertir es, entonces, transformar unos bienes de procedencia ilícita en otros distintos de apariencia lícita. Convertir es cambiar, modificar, transformar algo.

La transferencia, en cambio, consiste en el cambio de titular de esos bienes hacia otros destinos o personas. Es una actividad que más bien resulta propia, aunque no exclusiva, de los bancos e instituciones financieras por lo que resulta claro reglamentar en detalle el tipo de actividades, la forma y el modo que puede darse a las mismas para que quede en evidencia cuando tengan el carácter ilícito. Según el diccionario de Cabanellas la transferencia es definida como “paso o conducción de una cosa de un punto a otro// remisión de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o de diferentes”. Hay que recordar que uno de los efectos de los modos de adquirir el dominio de los bienes consiste en la transferencia de los mismos. Como puede darse el caso de transferencia de valores a varias cuentas del mismo titular, es decir de la misma persona, ello nos permite reflexionar sobre la posibilidad de que se considere cada acción como un delito independiente o si, por el contrario, podría asimilarse a una misma conducta planificada de antemano con la finalidad de consumir el delito o agotándolo para evitar el rastreo.

La acción más importante consiste en ayudar a otros a realizar la conducta delictiva consistente en contribuir a convertir o transformar los bienes provenientes del

narcotráfico. Por bienes, en general, según el Reglamento Modelo de la CICAD debe entenderse a “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles, raíces, tangible o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos” (Art. 1.1). Por instrumentos, “las cosas utilizadas o destinadas a ser utilizadas o respecto a las que hay intención de utilizar cualquiera manera para la comisión de un delito de tráfico ilícito o un delito grave”, (Art. 1.6); y, por productos, “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente, de la comisión de un delito de narcotráfico ilícito u otros delitos graves” (Art. 1.8).

Como bien se ha hecho notar, las expresiones “participar” “ayudar” o “colaborar” suponen la existencia de dos personas, cuando menos ya que no es posible pensar que una sola persona “participe” o “colabore” sola o consigo misma.

“Participar”, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (Edición 22 del 2001) proviene del latín *participare* significa “Dicho de una persona: Tomar parte en algo / Recibir una parte de algo / Compartir, tener las mismas opiniones, ideas, etc., que otra persona / Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos / Dar parte, noticiar, comunicar. Aplicado al Derecho Penal simple y llanamente significa tomar parte, intervenir en el delito en calidad de partícipe, mas no de autor. Un ejemplo puede clarificar la situación jurídica: Si Enrique trafica con droga y luego se junta con Tomás para lavar las ganancias (convertir o transferir, según la legislación ecuatoriana), Tomás sólo responde por la conversión o transferencia, puesto

que adecuó su conducta a la realización de un comportamiento específico tipificado en la ley de manera autónoma, aunque ello suponga contribuir o ayudar a otro sujeto que, previamente, cometió uno de los delitos tipificados en la Ley de sustancias estupefacientes y sicotrópicas.

Contribuir, según el mismo diccionario invocado significa, entre otras acepciones, “ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin”. Equivale a colaborar, auxiliar o cooperar, por lo que supone complicidad en el proceso de lavado. La aclaración es importante en razón de que no puede interpretarse la ley penal de manera extensiva para argumentar que “contribuir” o “cooperar” suponen “intervenir” de cualquier manera en la ejecución de un delito tipificado de modo autónomo aunque por necesidad semántica y lógica se lo vincule con delitos de narcotráfico cometidos previamente.

En cuanto al sujeto activo del delito, cuando el legislador utiliza la expresión “quienes” para referirse al sujeto activo del delito lo hace para indicar que lo puede cometer cualquier persona en sentido físico por más que la transacción se haya dado utilizando las instalaciones, facilidades e infraestructura de una persona jurídica, como puede ser un banco o institución financiera. La responsabilidad penal por este delito es personal porque sólo las personas naturales pueden actuar “a sabiendas”, aunque no se excluye que pueden haber sanciones administrativas muy graves – multas, suspensión de actividades, amonestaciones, inclusive la extinción – que recaigan sobre la persona jurídica, sin perjuicio de las responsabilidades personales que tienen los ejecutivos,

directores, administradores, funcionarios, empleados y dependientes de la institución, empresa o sociedad.

Como es un delito que afecta a varios bienes jurídicos aunque de manera principal y especial el orden económico y financiero del Estado, es evidente que el sujeto pasivo es la sociedad, la comunidad, el orden público y el Estado.

Resulta curioso que por la interpretación que hacemos del Art. 77 que constituye un tipo autónomo de participación en actividades delictivas, en el tipo no se sanciona al traficante-lavador, esto es, a quien utiliza a otros para aprovecharse de la conversión o transferencia de bienes que tienen su origen en el narcotráfico. No existe, empero, impedimento legal para sancionar a quien realmente está detrás del negocio como personaje más importante en razón de que puede ser reprimido como autor material o intelectual, según los casos, recurriendo a las posibilidades que presenta el Art. 42 del CP ecuatoriano que distingue los distintos tipos de autoría: “aconsejando o instigando a otros,” para que cometan un delito o “efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no”, o los que “han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría perpetrarse la infracción.” Así, si el narcotraficante Enrique se vale de Tomás, o le instiga para que ejecute la conversión o transferencia de bienes provenientes de aquella actividad, los dos serían coautores del delito de lavado de dinero tipificado en el Art. 77 de la Ley de sustancias estupefacientes y sicotrópicas: Enrique como autor intelectual y Tomás, como autor material.

b) El inciso 2º del Art. 77 reprime con una pena más severa – ocho a doce años de reclusión mayor ordinaria – la comisión del mismo delito “mediante la organización de una asociación destinada a preparar, facilitar, asegurar los resultados o garantizar la impunidad”. Ello supone la participación de varias personas asociadas entre sí, inclusive con distintos niveles jerárquicos, que al ser juzgadas pueden ser responsabilizadas como autores, coautores o como cómplices e inclusive como encubridores, si se da el caso de encubrimiento judicial, tipificado de manera autónoma en el Art. 296 e incluido entre los delitos contra la actividad judicial, en el supuesto de que no se lo haga a sabiendas de que se está contribuyendo a la conversión o transferencia de bienes provenientes del narcotráfico.

c) Independientemente, el Art. 78 reprime a los testaferros, cuando su participación delictiva se limita a prestar su nombre o el de empresas en las que participen para adquirir bienes con recursos provenientes de delitos sancionados por la Ley de sustancias estupefacientes y Sicotrópicas. En este supuesto, la pena también es más severa: ocho a doce años de reclusión mayor ordinaria, en todo caso mayor a la que se impone a los que contribuyen a cometer del delito de conversión o transferencia de bienes provenientes del narcotráfico.

d) Adicionalmente, el Art. 76 reprime a la persona “de quien existan presunciones...” no sólo de ser productor o traficante, o de hallarse involucrado en otros delitos tipificados en la Ley de sustancias estupefacientes y Sicotrópicas, sino también de que “directamente o por persona interpuesta realice gastos o aumente su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcionada a sus ingresos sin justificar la legalidad de los medios empleados para efectuar esos gastos u obtener el incremento patrimonial”, en

lo cual podrían estar incluidas algunas conductas relacionadas con la conversión o transferencia de bienes provenientes siempre del narcotráfico. La pena es muy severa, en comparación con los anteriores tipos de delito relacionados con este tema: doce a diez y seis años.

La contribución o ayuda, de que hemos venido hablando, debe tener por finalidad negociar, convertir o transformar los bienes – así, en términos generales – adquiridos o transferidos mediante la realización de delitos de narcotráfico, pero, como hemos dicho, siempre y cuando se actúe “a sabiendas” del origen de los bienes y de la conducta de lavado o blanqueo en la que se involucra la persona. El propósito es el de confundir o mezclar bienes mal habidos o sucios con otros limpios (o relativamente limpios) que forman parte de las actividades financieras lícitas de un Estado, para que el narcotraficante pueda aprovechar o hacer uso normal de las ganancias que produce una actividad tan lucrativa como la del narcotráfico.

Conviene aclarar que el sujeto activo del delito de conversión o transferencia de bienes no debe haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes. Si se tratare de un narcotraficante cuya responsabilidad como lavador también se ha establecido procesalmente tendríamos que aplicar el Art. 90 de la Ley de sustancias estupefacientes y sicotrópicas que textualmente dice: “En caso de concurrencia de varias infracciones contempladas en esta Ley, se acumularán las penas determinadas para cada una de tal manera que la pena acumulada aplicable sea el

resultado de la suma de las penas correspondientes a cada infracción, hasta el máximo de veinte y cinco años.”

Tipo subjetivo: EL DOLO: El delito de conversión o transferencia de bienes se sanciona únicamente cuando se lo cometa en forma dolosa, en forma intencional, con el designio de alcanzar los objetivos que específicamente se buscan y ello sólo es posible cuando se conozca a cabalidad el origen delictivo de los bienes que se quiere convertir o transformar; por esta razón, el Art. 77 utiliza la expresión “a sabiendas”, que se refiere al elemento intelectual del dolo, al conocimiento cierto de que los bienes a lavarse provienen de un delito de narcotráfico, lo cual supone que se conoce a cabalidad los elementos constitutivos del delito y, precisamente, por ello se decide, libre y voluntariamente, realizar las acciones que fuere menester. No hace falta que el lavador conozca en detalle todas las circunstancias en que se cometió el delito base, o cuál de ellos – puesto que son algunos y muy variados los previstos. Basta que conozca con certeza que los bienes a lavarse tienen un origen ilícito, con lo cual se satisface la exigencia normativa constante en el tipo, para que el sujeto pueda valorar los hechos, el comportamiento que va a tener y acepte las consecuencias que le van a sobrevenir. “Sospechar” no es lo mismo que “conocer”, bien entendido que el conocimiento “va más allá de las meras sospechas, suposiciones o conjeturas”, aunque lo menos que podría esperarse en un tema tan delicado es que quien tuviere sospechas debe despejarlas saliendo de dudas, por las implicaciones penales que pueden darse.

Algunas disposiciones más bien de carácter administrativo podrían sustentar la posibilidad de que también se sancione conductas culposas por imprudencia o por negligencia, como por ejemplo, cuando un empleado de banco no cumple las exigencias o requisitos para abrir una cuenta o recibir un depósito de dinero por elevadas sumas, sin preocuparse de averiguar el origen de los bienes, sin investigar responsablemente la identidad del cliente, o sin hacerle llenar el formulario relativo a la declaración sobre el origen lícito de fondos, inclusive por olvido o negligencia. Disposiciones, como el Art. 30 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, determinan responsabilidad penal en los administradores por omisiones en cuanto a los controles “para evitar el lavado de dinero”, sancionando administrativamente con multa de hasta 2000 UVCs “sin perjuicio de la responsabilidad penal a que su conducta diere lugar”.

La exigencia de que la conducta se efectúe “a sabiendas” evitaría interpretaciones un tanto ligeras con fines punitivos. Igualmente, sirve para evitar la impunidad de comportamientos a los que se buscaría dar apariencia de culposos, argumentando que no se conoció lo que deliberadamente se ignoró porque intencionalmente no se quiso conocer lo que se tenía que conocer. En este caso estaríamos frente a lo que se conoce como “ignorancia intencional”, o “ceguera deliberada” (traducción del inglés willful blindness) que no podría aceptarse como excusa, porque sería un caso de no querer saber dolosamente; y menos aún cuando se trata de hechos notorios o que son de dominio o comentario público, como generalmente acontece con quien se dedica al tráfico de estupefacientes y prontamente adquiere mala fama, fundamentada o no.

Se trata de un dolo específico y directo en cuanto la actuación consciente y voluntaria se ajusta al resultado buscado. En consecuencia, la exigencia legal corresponde exactamente a la definición de infracción dolosa que trae el Código Penal ecuatoriano en el Art. 14, no siendo necesario analizar si caben las otras clases de dolo: indirecto o eventual. El resultado que se produzca por una actuación culposa debido a negligencia, imprudencia o falta de cumplimiento de normas contenidas en instructivos o manuales no podría originar responsabilidades penales por falta de tipo legal.

Dolo y objeto material. Cuando el legislador usa la expresión “a sabiendas” se refiere de manera específica al objeto material del delito, expresamente incluido en el tipo, es decir, el conocimiento “de la realización de los delitos tipificados en este Capítulo”, entendiéndose por tales los delitos previos, con lo cual, de manera concreta se exige también el conocimiento de la naturaleza sucia, ilícita o delictiva del objeto material del delito, esto es, de los bienes a convertirse o transferirse. El lavador debe conocer perfectamente la procedencia ilícita de los bienes que constituyen el objeto material del delito.

Objeto del conocimiento. Para la existencia de la tipicidad basta el conocimiento del delito previo que constituye un elemento normativo constitutivo del tipo para lo cual basta un conocimiento profano, genérico, no especializado ni exigente en términos de precisión jurídica o legal de la fuente ilícita de los bienes, de tal manera que habrá dolo cuando el sujeto llegue al convencimiento de que se ha cometido algún delito relacionado con el tráfico ilícito de drogas o estupefacientes del que proceden los

bienes que se pretende lavar, sin que sea indispensable que sepa con precisión cuál de ellos se ha cometido. Por tanto, no hace falta conocer la identidad de los responsables del delito previo o delitos previos, o las circunstancias de tiempo, lugar o forma en que se cometieron aquellos.

El error. Como el error puede recaer sobre el tipo objetivo del delito o sobre el objeto material del delito, en la conversión o transferencia de bienes podría estar presente mediante alguno de los siguientes modos:

a) Error acerca del carácter delictivo de los bienes objeto del lavado. En este supuesto, el imputado puede creer, equivocadamente, que los bienes tienen procedencia legal cuando en realidad son de origen delictivo. El error sobre el tipo, sea vencible o invencible, excluye el dolo; en consecuencia, por no encontrarse tipificado el delito de conversión o transferencia de bienes, en su forma culposa, queda excluida también esta modalidad típica.

b) Error de subsunción o tipificación respecto de hechos debidamente conocidos. “El error de subsunción se produce en aquellos casos en los que el autor conoce las circunstancias fácticas, los hechos de un elemento normativo, pero yerra en su valoración jurídica”. Si el sujeto conoce el carácter ilícito o antijurídico de la conducta que ejecuta pero se equivoca en la valoración jurídico-penal del acto específico en el que participa, es víctima de un error de subsunción irrelevante que no excluye el dolo. Por lo tanto, si el sujeto que convierte o transfiere no sabe qué delito en concreto – de los varios que tipifica la Ley – de tráfico ilícito de estupefacientes o drogas es la fuente

de origen ilícito de los bienes, o también cuando crea que se trata de uno cuando en realidad es otro delito de tráfico, es irrelevante. Mas, si el error de subsunción o tipificación señala que el sujeto cree, equivocadamente, que está obrando lícitamente, estaríamos ante a un error de prohibición; por ejemplo, cuando el sujeto cree, equivocadamente, que los dineros que recibe son las ganancias de un negocio de contrabando de mercaderías que nada tiene que ver con un delito de narcotráfico, caso que podría darse en el Ecuador, si un funcionario de banco cree que está recibiendo dinero de un comerciante de las llamadas “Bahías”, cuando en realidad se trata de un narcotraficante. Estaríamos frente a un problema de tipo porque no se cumpliría la exigencia legal – que provenga de delitos de narcotráfico – habiendo un error de tipo que excluiría el dolo, aunque sin olvidar que por ser vencible podría dar lugar a otro tipo de sanciones.

Momento del conocimiento del delito previo. La exigencia normativa del conocimiento del delito previo debe cumplirse antes o al momento de ejecutarse el delito de conversión o transferencia de bienes, en razón de que la expresión “a sabiendas” supone un conocimiento actual, es decir, al momento en que se realiza la acción descrita en el verbo rector o en uno de ellos: contribuir a convertir o transformar. El Art. 77 no determina el momento preciso en que podría haber adquirido ese conocimiento del delito de narcotráfico previo como, en cambio sí lo hace el Art. 3,c) i), del Convenio de Viena de 1988, que dice: “La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a).

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Respecto de las servidoras y servidores públicos, en la eventualidad del cometimiento de delitos dentro de la administración, la Constitución de la República expresa:

“Art. 230.- En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley:

1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita.
2. El nepotismo.
3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo”²⁹. Como prohibiciones expresas del funcionario público, las antes detalladas, aunque se requiere del adecuado desarrollo en otras leyes con otras conductas punibles y sus debidas sanciones.

“Art. 231.- Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro.

²⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial Nro. 449, de fecha 20 de octubre del 2008, Publicación Oficial de la Asamblea Nacional.

La Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito.

La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito. Cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública”³⁰. En esta norma constitucional se expresa las obligaciones de los servidores públicos de presentar su declaración patrimonial; si no existe ésta, o hay inconsistencias en la misma se presumiría el enriquecimiento ilícito.

“Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

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

La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.

³⁰ Ibídem.

Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”³¹. Finalmente este artículo señala la responsabilidad, sobre todo penal, de los servidores públicos cuando hayan cometido, por acción u omisión algún ilícito, señalando explícitamente determinadas figuras legales, aunque el primer inciso faculta establecer otras.

4.3.2 CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

Sobre el enriquecimiento ilícito, el artículo (Art...296.1) señala: “Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos”.

Art... (296.2).- Sanciones.- El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito”³². El presente artículo establece el delito de enriquecimiento injustificado del servidor público, aunque nada dice del ocultamiento de sus activos, bienes, dinero, etc., en terceras personas perjudicando al estado.

4.4 DERECHO COMPARADO

4.4.1 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El artículo 301 del Código Penal español, en su artículo 301, respecto del blanqueo de dinero señala: “1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes,

³¹ *Ibíd.*

³² CÓDIGO PENAL ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial Suplemento 147, del 22 de enero de 1971, Corporación de estudios y publicaciones, actualizado a junio del 2007.

sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera terceras personas, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código”³³.

El artículo en mención señala, que la persona que reciba los bienes tiene que conocer son producto de un ilícito, lo que se asemeja a la receptación, aunque este ilícito se puede cometer por él o por terceras personas, incluso para ayudar a eludir las consecuencias legales de sus actos. Y aunque no se habla de testaferrismo, ni de funcionarios públicos, sí se asemejan conductas como el de adquirir o transmitir bienes que son producto de un ilícito.

Aunque sí encontramos conductas, en el numeral dos como: ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos. Con esto el derecho comparado sí señala conductas afines a las desarrolladas en esta investigación.

³³ CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: Jefatura de Estado, disposición vigente a 27/6/2011.

4.4.2 CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA

Por su parte el Código Penal colombiano señala conductas como: “Artículo 412. Enriquecimiento ilícito. [Modificado por el artículo 29 de la Ley 1474 de 2011] El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses”³⁴. Éste artículo sí nos da una mejor pauta de cómo se sancionan estas conductas en Colombia, porque ya señala al funcionario público y un enriquecimiento en él o en otra persona (testaferrismo); aunque la simple de ocultar sus bienes no es punible.

4.4.3 CÓDIGO PENAL DE FRANCIA

El Código Penal francés expresa al respecto: “Artículo 324-1.- Es blanqueo el hecho de facilitar, por cualquier medio, la justificación falsa del origen de los bienes o de los ingresos del autor de un crimen o de un delito que le haya procurado un beneficio directo o indirecto.

³⁴ CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA, MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS: 27/07/2012

Constituye igualmente blanqueo el hecho de colaborar en una operación de inversión, de ocultamiento o de conversión del producto directo o indirecto de un crimen o de un delito.

El blanqueo será castigado con cinco años de prisión y multa de 2.75.000 euros”³⁵.

Este artículo del Código Penal francés aunque corto, engloba determinadas conductas que sí abarcan los que se trata en esta investigación como justificar falsamente el origen de bienes e ingresos que provengan de un ilícito, aunque nada diga respecto de los funcionarios públicos.

³⁵ CÓDIGO PENAL DE FRANCIA, MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS: 27/07/2012

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Para el desarrollo del presente proceso de investigación, fue indispensable partir de la observación, ordenación, clasificación y utilización de una metodología crítica participativa, que permitió interrelacionar a las personas según sus diferentes criterios con el objeto de estudio mediante la utilización de diferentes métodos, técnicas e instrumentos.

Dentro de los métodos utilizados, fue indispensable la aplicación del Método Científico, ya que representa la metodología que define y diferencia el conocimiento, la ciencia de otros tipos de conocimientos, siendo un método que excluye todo aquello que tiene la naturaleza subjetiva. Además se aplicó los métodos inductivo y deductivo, los que tienen como característica ir de la general a lo particular o viceversa. De esta manera y a través de los métodos empleados logre obtener, conocer, analizar y concluir en base a conocimientos jurídicos de varios profesionales en general con relación al tema de investigación y puntualmente sobre la necesidad de incorporar conductas que limiten a funcionarios públicos a esconder sus bienes, ingresos, dinero, activos en terceras personas, más aún si provienen de una acción ilícita. Es importante señalar también que fue necesaria la aplicación de los métodos analítico y sintético, además del descriptivo, los cuales facilitaron la comprensión y señalamiento de los aspectos más relevantes de mi investigación.

UTILIZACION DE LOS MÉTODOS.

Método Científico.- Se aplicó para desarrollar la investigación formulada de manera lógica y lograr la recopilación, organización y expresión de conocimientos en la parte

teórica práctica, hasta la obtención de conclusiones y recomendaciones, tomando como punto el cometimiento de una conducta que debería ser punible en el Ecuador como el testaferrismo en funcionario público, como delito agravado.

Método Inductivo.- Estuvo dirigido al estudio analizar específicamente la teoría del delito, y sus elementos en cuanto a delitos contra la administración pública, y la sanción por ocultamiento de bienes en personas interpuestas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; analizando aspectos subjetivos, para luego llegar luego a lo particular.

Método Deductivo.- Utilizado para obtener conclusiones particulares de la realidad general, el cual en la práctica fue utilizada a través de la aplicación y resultados de las encuestas y entrevistas, haciendo hincapié en que no es punible el ocultamiento ilícito de bienes en interpuestas personas en Ecuador por parte de funcionarios públicos.

Método Analítico.- Mediante el cual se realizó el análisis crítico de los aportes y criterios de varios profesionales que aportaron a esta investigación a través de sus conocimientos sobre la responsabilidad penal que deberían tener los funcionarios públicos que ocultan sus bienes en interpuestas personas, y la necesidad de que dicha conducta sea agravada en pena.

Método Sintético.- Con la ayuda de este método se realizó la síntesis de la información para llegar a la elaboración de las conclusiones y recomendaciones, donde

se destacó la importancia de reformar el Código Penal ecuatoriano, estableciendo un tipo penal agravado cuando un funcionario público oculta sus bienes en otras personas, configurándose el testaferrismo.

Método Descriptivo.- Me permitió realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar la necesidad de que sea punible la conducta de ocultar bienes de forma ilícita por parte de funcionarios públicos y por ende tengan una pena agravada.

Método Materialista Histórico.- Este método me permitió conocer el pasado del problema, su origen y evolución, y así realizar una diferencia con la realidad, pues se requiere en verdad tipificar el testaferrismo de funcionario público al ocultar sus bienes en interpuesta persona de forma ilícita.

FASE DE INVESTIGACION PARTICIPATIVA.- En esta fase pude determinar la problemática en lo referente al vacío jurídico respecto de un tipo penal que sancione de forma correcta al funcionario público que esconde u oculta sus bienes en otras personas de forma ilícita, y por ende la necesidad de establecer una pena agravada al respecto.

Fase de determinación.- Delimitamos el problema de investigación, para analizar la problemática en partes con la finalidad de darle un mejor tratamiento y llegar al centro de los hechos mediante el razonamiento y obtener una visión global de la realidad de

estudio concentrada en que los funcionarios públicos deben respetar la norma, y por ende deberían ser sancionados cuando ocultan sus bienes en otras personas.

Técnica del diálogo.- A través del cual, pude lograr interrelacionarme con los profesionales encuestados y entrevistados.

Técnica de la entrevista.- Dirigida a cinco profesionales del Derecho quienes aportaron con valiosas opiniones y comentarios según su experiencia personal y profesional.

Esta técnica me permitió recopilar información sobre aspectos importantes que contribuyeron para definir las conclusiones y propuesta legal del presente trabajo investigativo.

Encuesta.- Para lo cual se diseñó un formulario de preguntas basadas en recopilar información. Estas fueron aplicadas a treinta estudiantes de los últimos años de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, así como a abogados en libre ejercicio profesional.

6. RESULTADOS

6.1 PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

Toda investigación que apunta hacia el estudio de un problema de orden jurídico que afecta a las personas en sus derechos constitucionales debe estar apoyada en datos reales que se obtengan a través de la aplicación de técnicas e instrumentos aplicados a personas conocedoras de la temática correspondiente.

Conforme a lo previsto en el proyecto de investigación, se realizó la aplicación de veinte encuestas entre estudiantes y profesionales del Derecho en libre ejercicio, este trabajo investigativo de campo dio los resultados que se reportan a continuación.

Encuestas

PRIMERA PREGUNTA

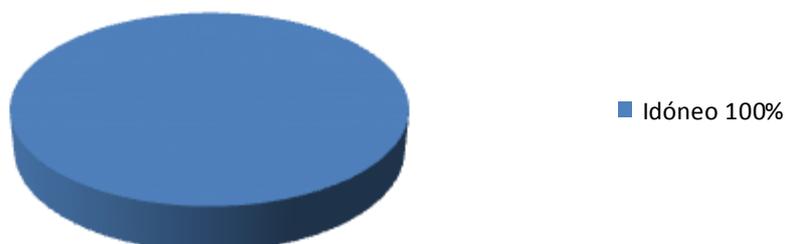
¿Considera Usted que el testaferrismo debe ser un delito?

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Sí	20	100%
No	0	0
TOTAL	20	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho.

Responsable: El investigador.

¿Se considera que el testaferrismo debe ser un delito?



ANÁLISIS Y COMENTARIO:

La respuesta absoluta fue positiva, quiere decir que el 100% de los encuestados consideraron que el testaferrismo debe ser delito, por cuanto se está afectando al patrimonio del Estado ya que no se pagan impuestos, además que esconden dichos bienes producto de ilícitos; con ello se corrobora la sustanciación de la presente investigación, y aunque a pesar de que se encuentra de cierta manera regulado, no existe la tipificación correcta, sobre todo en cuanto a funcionarios públicos se requiere.

INTERPRETACIÓN:

El Código Penal ecuatoriano, así como la ley de Lavado de Activos establecen determinadas figuras jurídicas que de cierta manera sancionan el testaferrismo, pero no existe una adecuada regulación de estos tipos penales, ya que se quedan afuera del tipo determinadas conductas o categorías de personas, como son los servidores públicos en el eventual acontecimiento de que escondan sus bienes en interpuestas personas, siendo o no producto de ilícitos, y por ende no se pague los impuestos por el patrimonio que se esconde causando perjuicios al Estado.

SEGUNDA PREGUNTA

¿Conoce si la Ley de Lavado de Activos tipifica este delito como tal?

Cuadro # 2.

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	18	90%
No	2	10%
TOTAL	20	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho.

Responsable: El investigador.

Grafico # 2.



Fuente: Datos obtenidos en la aplicación de encuestas

ANÁLISIS Y COMENTARIO:

La respuesta mayoritaria en un 80% considera que sí existe la tipificación de dicho delito en la Ley de Lavado de Activos aunque de una forma global, no específica categoría en cuanto a personas: funcionario público que esconde sus bienes, por ello la

necesidad de crear un tipo penal en el Código Penal, con una pena agravada cuando el funcionario público oculta sus bienes en interpuestas personas.

INTERPRETACIÓN

La respuesta contundente de que en el Ecuador sí existe establecido como delito el testaferrismo aunque no como tal, es decir no como delito de “testaferrismo”, sino que se encuentra en un tipo penal de la Ley de Lavado de Activos que no engloba todas las conductas como el hecho de ocultar bienes en otras personas por parte del servidor público para evitar pagar impuesto ocasionando perjuicio al Estado.

TERCERA PREGUNTA

¿Considera Usted que se ocasiona un perjuicio al Estado si se ocultan bienes en interpuestas personas para evitar el pago de impuestos?

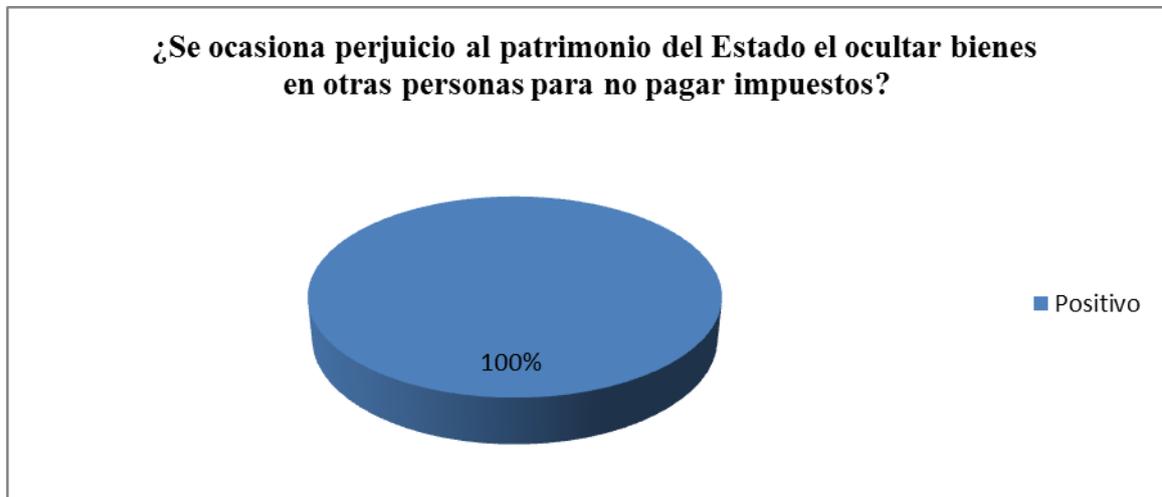
Cuadro # 3.

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Positivo	20	95%
Negativo	0	5%
TOTAL	0	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho.

Responsable: El investigador.

Grafico # 3.



ANÁLISIS Y COMENTARIO:

La respuesta absoluta fue positiva, es decir que el 100% de los encuestados consideraron de que sí existe un perjuicio al Estado, en su patrimonio, cuando se ocultan bienes en otras personas por parte de un funcionario público, sean estos familiares, amigos o cualquier individuo, con ánimo de no pagar impuestos, siendo estos bienes producto de un ilícito, en el ejercicio de sus funciones como servidor público, o no.

INTERPRETACIÓN

Es evidente, conforme lo han señalado los encuestados, que en verdad se causa un grave perjuicio al Estado el esconder u ocultar bienes por parte de servidores públicos, en interpuestas personas, sean familiares o no, con el ánimo de no pagar impuestos, aunque estos bienes sean producto de ilícitos o no; el asunto es el hecho de traspasar el dominio de los bienes del servidor público a interpuestas personas y así no pagar lo que la ley establece que se cancele como obligación por dichos bienes.

CUARTA PREGUNTA

¿Considera Usted, que exista un tipo penal agravado cuando un servidor o funcionario público oculta o esconde sus bienes en interpuestas personas para no pagar impuestos?

Cuadro # 4.

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si considera	20	100%
No lo considera	0	0%
TOTAL	0	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho.

Responsable: El investigador.

Grafico # 4.



ANÁLISIS Y COMENTARIO:

La respuesta es contundente en su totalidad por cuanto sí se requiere de un tipo penal en específico que tipifique la conducta del servidor público que esconde u oculta sus

bienes en interpuestas personas con el ánimo de evitar pagar impuestos, causando un perjuicio al estado.

INTERPRETACIÓN

La mayoría absoluta de los encuestados han considerado que se requiere tipificar la conducta del servidor público que oculta o esconde sus bienes en otras personas con el ánimo de no pagar impuestos, siendo sus bienes producto de un ilícito o no, es decir la conducta es más por el hecho de ocultar dichos bienes y así no pagar impuestos

6.2. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

Las entrevistas fueron realizadas a Abogados en libre ejercicio profesional, y docentes de la carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, que asimismo ejercen la profesión de Abogados.

PRIMERA PREGUNTA: ¿Qué entiende Usted por Testaferriero?

PRIMER ENTREVISTADO: “Es el hecho de recibir bienes, ingresos o capitales de otra persona con el ánimo de esconderlos u ocultarlos por cuanto suelen ser producto de un ilícito, o para evitar el pago de obligaciones”.

SEGUNDO ENTREVISTADO: “El esconder bienes, capitales, cuentas en otras personas, por diversos fines”.

TERCER ENTREVISTADO: “Es quien se disfraza prestando su nombre e identidad para ocultar bienes de otra persona; también se lo considera al dueño de dichos bienes que los esconde”.

CUARTO ENTREVISTADO: “Ocultar bienes en otras personas; tanto quien lo hace como quien da su nombre para esconder dichos bienes”.

QUINTO ENTREVISTADO: “Esconder bienes en otras personas por ser ilícitos o no pagar impuestos”.

ANÁLISIS Y COMENTARIO: Los entrevistados en su mayoría, han manifestado que el delito de testaferrismo consiste en transferir bienes, capitales, ingresos a otras personas con el ánimo de ocultarlas; es decir una persona da su nombre y asume una posición de dueña de dichos bienes con el ánimo de que quien se los dio (el verdadero dueño) los esconda, transfiera u oculte por diversos como el hecho de no pagar impuestos, o por no poder demostrar la posesión o tenencia lícita de los mismos ya que son producto de algún acto antijurídico.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿A qué bien jurídico considera Usted que afecta el testaferrismo?

PRIMER ENTREVISTADO: “Dependiendo, pueden ser varios, cabe analizar de donde provienen los bienes que se ocultan”.

SEGUNDO ENTREVISTADO: “Puede ser al patrimonio del Estado, pues no se paga impuestos, pero si estos bienes son producto de un ilícito cabe analizar a quién primero se perjudicó”.

TERCER ENTREVISTADO: “Si los ingresos, capitales o bienes provienen de un ilícito se debe analizar a qué se afectó, pero sin duda alguna se causa un perjuicio al patrimonio del Estado por evadir impuestos, siempre analizando el valor”.

CUARTO ENTREVISTADO: “Si se hace para evadir impuestos u obligaciones hacia el Estado pues se termina afectando al Estado, en su erario o patrimonio”.

QUINTO ENTREVISTADO: “Dependiendo la finalidad, si para esconder bienes ilícitos o para evadir impuestos”.

ANÁLISIS Y COMENTARIO: Se ha considerado que pueden existir determinados daños a bienes jurídicos que dependerían de la naturaleza del primer delito, es decir si dichos bienes son productos del narcotráfico (ilícitos, lavado), entonces a priori se puede atentar contra la salud pública, la propiedad, pero fundamentalmente se hace para evadir impuestos, es decir se oculta, esconde o trasfiere capitales, ingresos o capitales a interpuesta persona por un servidor público con el ánimo de no pagar impuestos.

TERCERA PREGUNTA: ¿Considera pertinente que se cree un tipo penal agravado contra el servidor público oculte sus bienes, ingresos y capitales en interpuestas personas (testaferrismo) con el ánimo de evadir impuestos?

PRIMER ENTREVISTADO: “Considero que sí, todos somos iguales ante la ley, y ser servidor público es tener más obligaciones: resulta ilícito que oculte sus bienes en otras personas sean familiares, amigos a terceras personas con el ánimo de no declarar su patrimonio”.

SEGUNDO ENTREVISTADO: “Sí debería establecerse como tipo penal agravado por cuanto esconde sus bienes en otras personas para no declarar su patrimonio”.

TERCER ENTREVISTADO: “Sí, sería conveniente”.

CUARTO ENTREVISTADO: “Sí, ya que al ser servidor público, todavía más, debe declarar su patrimonio, sino lo hace se configuraría el delito”.

QUINTO ENTREVISTADO: “Sí debe ser tipificado, por cuanto se está desfalcando al Estado, se está ocultando los bienes, ingresos y capitales en otras personas con el ánimo de no pagar impuestos”.

ANÁLISIS Y COMENTARIO: La mayoría absoluta de los entrevistados manifestaron que sí se debería tipificar la conducta agravada del servidor público en

testaferismo cuando oculta sus bienes, capitales e ingresos en otras personas ya que se evade pagar lo que por obligación debería en cuanto a impuestos; se considera agravante constitutiva del tipo por cuanto se trata de un servidor público, por su posición que tiene de servidor, es pues, una obligación el cumplir con las obligaciones que establece el estado y resultaría un acto ilícito que esconda sus bienes, ingresos o capitales en otras personas para no declarar su verdadero patrimonio, afectando al Estado.

7. DISCUSIÓN

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL: “Efectuar un estudio de naturaleza jurídica, crítica y doctrinaria, sobre los delitos contra la administración pública por parte de servidores públicos”.

El objetivo general señalado fue verificado en su totalidad, por cuanto se ha efectuado un estudio desde la atalaya positivo jurídica y doctrinaria sobre el delito de testaferrismo en el funcionario público, analizando a cabalidad la teoría del delito, como son sus elementos: acción típica, antijurídica y culpable, encajando al funcionario en la conducta ilícita de ocultar de ocultar sus bienes en interpuestas personas; asimismo el estudio crítico corroboró que es atípica esta conducta en la actualidad y se requiere de una sanción punitiva incluso agravada al tratarse de un servidor público; en la doctrina y derecho comparado encontramos como se sanciona esta conducta en otros países no necesariamente con el nombre de testaferrismo, aunque sí con otros nombres como el blanqueo de dinero por un funcionario de Estado, incluso a través del lavado de activos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO: “Ejecutar un estudio jurídico y doctrinario sobre el testaferrismo por parte de funcionarios públicos en Ecuador”.

Éste objetivo fue asimismo verificado en su absoluta totalidad, pues se analizó la falta de correcta tipificación del testaferrismo en el Ecuador, siendo una conducta atípica en la actualidad, lo que permite que los servidores públicos oculten sus bienes ilícitamente en otras personas, sin que tengan sanción alguna; asimismo el estudio doctrinario nos demostró cómo se encuentra establecido el lavado de activos, pero no es suficiente, pues se requiere una tipificación con agravante hacia el funcionario público que oculte sus bienes de forma antijurídica en otras personas.

SEGUNDO OBJETIVO ESPECÍFICO: “Realizar un estudio jurídico y doctrinario sobre la teoría del tipo penal y sus elementos”.

Éste objetivo fue verificado asimismo en su totalidad, pues se ha realizado un profundo estudio de la teoría del tipo penal, sus elementos subjetivos y objetivos, desde luego, haciendo hincapié en el testaferrismo del funcionario público como tal; se analizó a cabalidad varias doctrinas al respecto para comprender mejor cómo el legislador debe establecer una conducta prohibida y sancionada con una pena en el Código Penal, respetando el principio de legalidad en cuanto a una definición clara, precisa y concreta de la conducta para evitar ambigüedad, contradicción, duplicidad o incoherencia de un tipo penal.

TERCER OBJETIVO ESPECÍFICO: “Efectuar una propuesta de reforma al Código Penal del Ecuador, en su Parte Especial, donde se incorpore un nuevo tipo penal que

abarque el ocultamiento de bienes en personas interpuestas por parte de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”.

Asimismo, este objetivo fue verificado en su totalidad, pues se realizó la debida propuesta de reforma de ley al Código Penal, donde se incluya un tipo penal que abarque el ocultamiento de bienes en personas interpuestas por parte de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, incluso con una agravación de la pena.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

“Debe considerarse como agravante transcendental el hecho de que uno de los autores del testaferrismo sea empleado público”.

La hipótesis señalada anteriormente fue contrastada en su totalidad, por cuanto se ha constatado que en el Código Penal ecuatoriano carece de un tipo penal que sancione de forma eficiente al funcionario público que oculta de forma ilícita sus bienes en otras persona, generando perjuicio patrimonial al Estado por cuanto esconde dichos bienes que no los detalla o registra a su nombre conforme a la ley, pese a que le pertenecen, y así evitar que sea juzgado por sus actos.

7.3 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA PARA LA SANCIÓN

Una vez analizado el tema de investigación de manera profunda y gracias a los valiosos aportes jurídicos desde perspectivas doctrinarias y positivo-jurídicas, que han resultado

del presente trabajo investigativo, los cuales han sido fundamentales, me permito presentar mi criterio jurídico.

Nuestra Constitución de la República establece en su artículo 231 Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro.

La Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito.

La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito. Cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública.

Asimismo, la norma constitucional expresa en su artículo 233 que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el

ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Al amparo de la norma constitucional, se requiere establecer un tipo penal que sancione de forma punitiva al funcionario que cometa testaferrismo, es decir que oculte sus bienes en interpuestas personas, y así evitar perjuicio al patrimonio del Estado, incluso creando una agravante específica en el tipo penal.

Con estos fundamentos legales y una vez que he culminado la investigación doctrinaria, jurídica y social, puedo sostener que logré estudiar críticamente la problemática que formulé al iniciar la investigación, me permito realizar la propuesta de reforma.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: La Constitución de la República manifiesta que todos somos iguales ante la ley, y que gozamos de los mismo **deberes**, derechos y **obligaciones**.

SEGUNDA: El principio de legalidad señala que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley.

TERCERA: Los tipos penales son fórmulas que usa la ley, a través del órgano legislativo para señalar conductas conflictivas cuyas acciones se amenaza con pena.

CUARTA: En el Ecuador, es atípica la conducta del servidor público que oculta sus bienes en interpuestas personas, pues aunque el testaferrismo se prohíbe en la Constitución, no se encuentra bien desarrollado en la norma penal.

QUINTA: La norma constitucional prohíbe el testaferrismo, más aún de un servidor público, incluso la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública.

SEXTA: El testaferro es la persona que recibe como dueño bienes o dinero de otra que los consiguió de forma ilícita, que en el presente caso puede ser un servidor público, es decir sin poder justificar su accesibilidad de ellos de forma legal.

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda al órgano legislativo (Asamblea Nacional), ajustar las normas de menor jerarquía que la Constitución a éste último cuerpo normativo, pues se requiere que a raíz de la promulgación de la nueva Constitución que todas las leyes sean acordes a la norma constitucional.

SEGUNDA: Es recomendable que al momento de tipificar una conducta, el legislador cuide los parámetros de tipicidad, es decir que sea minucioso al establecer el tipo penal con sus debidos elementos para evitar futuras inconstitucionalidades o derogaciones por un mal manejo de técnica legislativa.

TERCERA: Se requiere que exista un mayor control hacia los servidores públicos por parte no sólo de la Contraloría, sino por las autoridades de la institución donde sirve el funcionario, en cuanto a la administración de bienes del Estado, en un eventual mal uso de los mismos.

CUARTA: Se recomienda a la autoridad competente, hacer un seguimiento periódico, no sólo al ingreso y salida de un servidor público en una institución del Estado, sino durante su transcurso en él, sobre la administración de bienes del Estado que estuvieron a su cargo.

QUINTA: Es recomendable que en delito afines al blanqueo de dinero o lavado de activo, las penas para los servidores públicos sean agravadas por la posición de garante

que tiene respecto de los bienes del Estado, así como el de prestar un servicio a la ciudadanía.

SEXTA: Se recomienda tipificar en el Código Penal ecuatoriano el delito de ocultamiento de bienes del funcionario público en interpuestas personas.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL



CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República en su artículo 1, garantiza que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico;

Que, el artículo 11, numeral 2 de la Constitución de la República garantiza que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades;

Que, el artículo 231 de la norma constitucional expresa que cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública; y,

Que, el artículo 233 de la Constitución señala que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de

sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

En ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 120, numeral 6, de la Constitución de la República que manifiesta: “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”:

EXPIDEN las siguientes reformas a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Art. 1.- Incorporar en el Código Penal del Ecuador el siguiente artículo innumerado:

Art... El servidor público que oculte sus bienes en terceras personas, faltando a la verdad en sus declaraciones patrimoniales sobre sus bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones y dinero, escondiéndolos de cualquier forma, ocasionando perjuicio patrimonial al Estado será sancionado con reclusión menor ordinaria de tres a seis años.

Si se comprueba que existe perjuicio al Estado en su patrimonio superior a diez salarios básicos del trabajador en general, por no declarar legalmente sus bienes, se aplicará el máximo de la pena prevista en el inciso anterior.

La persona que aparente como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones y dinero en efectivo, de procedencia de un servidor o ex servidor público, que no se

compruebe que provenga lícitamente, será sancionada con pena de prisión de tres a cinco años.

Art. 2.- Quedan derogadas las disposiciones que se opongan a la presente Ley Reformatoria al Código Penal ecuatoriano, a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Honorable Asamblea Nacional, a los... días del mes de... del año...

PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo, “DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Tomo IV, Editorial HELIESTA S.R.L., 7ma. Edición, Buenos Aires, 1972.
- CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA, MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS: 27/07/2012.
- CÓDIGO PENAL DE FRANCIA, MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS: 27/07/2012.
- CÓDIGO PENAL ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial Suplemento 147, del 22 de enero de 1971, Corporación de estudios y publicaciones, actualizado a junio del 2007.
- CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: Jefatura de Estado, disposición vigente a 27/6/2011.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicada en el Registro Oficial Nro. 449, de fecha 20 de octubre del 2008, Publicación Oficial de la Asamblea Nacional.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima segunda edición.
- DONNA, Edgardo Alberto, “TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA, IMPUTACIÓN DELICTIVA”, Editorial ASTREA, 1ra. edición 1995, 1ra. reimpresión 2001, Buenos Aires – Argentina 2001.

- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial ANCALO S.A., Tomo II.
- GRANJA GALINDO, Nicolás, “FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, Universidad Técnica Particular de Loja, 3ª edición, Loja – Ecuador 1999
- HURTADO POZO, José, “MANUAL DE DERECHO PENAL, FUNDAMENTOS GENERALES DE LA LEY PENAL, EL DELITO ITES CRIMINIS, PARTICIPACIÓN Y CONCURSO”, Editorial EDDILI, 2da. edición, Lima – Perú, 1987.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO”, Editorial SUDAMERICANA ABELEDO-PERROT, Tercer edición.
- LEY DE PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y ERRADICACIÓN DEL DELITO DE ACTIVOS Y DEL FINANCIAMIENTO DE DELITOS, publicada en el Registro Oficial 127 del 18 de octubre del 2005; actualizada a mayo del 2013.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL”, Editorial TIRANT LO BLANCH, 18va. Edición, Valencia – España 2010.
- OSSORIO, Manuel, “DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES”, Editorial HELIESTA, 28va. edición, Buenos Aires – Argentina 2002.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “LA ANTIJURIDICIDAD, IMPUTACIÓN OBJETIVA Y ANTIJURIDICIDAD”, Editorial Jurídica Bolivariana Bogotá-Caracas-Panamá-Quito, 2002, Primera edición.

- ROXIN, Claus, “DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO”, Madrid – España, 1997; Editorial CIVITAS, 2da. edición, Tomo I.
- SÁNCHEZ ZURATY, Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Ambato-Ecuador, 2000.
- SECAIRA DURANGO, Patricio, “CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, Editorial Universitaria, 1ª edición, Quito –Ecuador 2004.
- VACA ANDRADE, Ricardo, LAVADO DE DINERO, Segunda Parte, ver: <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/lavado-de-dinero-segunda-parte/>, consultado con fecha 01 de octubre del 2013.
- VON BELING, Ernst, “ESQUEMA DE DERECHO PENAL, LA DOCTRINA DEL DELITO-TIPO”, Clásicos del Derecho, Librería “El Foro”, Buenos Aires- Argentina, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio, “DERECHO PENAL, PARTE GENERAL”, Sociedad Anónima Editora EDIAR, 2da. edición, Buenos Aires – Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “TRATADO DE DERECHO PENAL, PARTE GENERAL”, Tomo I, Editorial “EDIAR”, Sin edición, Buenos Aires – Argentina 1998.

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y
ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

"El funcionario público y el
testaferismo, como tipo penal agravado".

"Proyecto de tesis previo a
la obtención del grado de
Abogado de la República del
Ecuador".

POSTULANTE :

Sr. Carlos Merino Luna

LOJA - ECUADOR

2013

1. TÍTULO

“El funcionario público y el testaferrismo, como tipo penal agravado”.

2. PROBLEMÁTICA

La Constitución de la República del Ecuador prevé que las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos; el problema radica cuando el funcionario público pone a nombre de terceras personas sus bienes que él intenta esconder para evitar el pago de impuestos o evadir a la justicia, y que los obtuvo en el ejercicio de sus funciones como funcionario público lo que conlleva a ocultar dichos bienes en terceras personas, lo que debería ser sancionado por la norma penal creando un tipo penal agravado al tratarse de un funcionario público que intenta con ayuda de otras personas que prestan su nombre (persona interpuesta) encubrir sus bienes para evitar a la justicia, incluso llegando a configurarse enriquecimiento ilícito, u otros delitos, generando perjuicio en el patrimonio (bien jurídico protegido) del Estado a través del cobro de impuestos, cometiendo un ilícito que como se manifestó debe ser tipificado correctamente por la norma penal.

Con ello es evidente de que existe un problema jurídico al existir un vacío legal en la norma penal pues es atípica esta figura que engloba el ocultamiento de bienes en terceras personas por parte de un funcionario público, lo que debe ser correctamente

delimitada y sancionada con pena de prisión de uno a tres años, multa, y la prohibición de poder ejercer otro cargo público.

Asimismo existe el asidero constitucional, pues la norma suprema expresa en su artículo 231, sobre la administración pública en cuanto a los servidores y servidoras públicas, que cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública; asimismo el artículo 233 del mismo cuerpo normativo establece que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados, en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente.

3. JUSTIFICACIÓN

La Universidad Nacional de Loja estructurada por distintas áreas, permite en su ordenamiento académico vigente, la realización de investigaciones que permitan presentar componentes transformadores a un problema determinado, con el único afán de buscar alternativas de solución; como estudiante de la prestigiosa Carrera de Derecho, estoy sumamente convencido de que nuestra sociedad enfrenta un sinnúmero de adversidades generadas u originadas por problemas y la insuficiencia jurídica en el Código Penal ecuatoriano, por no contemplar un tipo penal agravado para el funcionario público que oculta sus bienes en terceras personas generando perjuicio en el patrimonio del Estado por el no pago de sus impuestos, con lo cual justifico el presente trabajo de investigación.

Considero que el problema jurídico planteado, relativo a la necesidad de establecer un tipo penal en el Código Penal ecuatoriano cuando un funcionario público oculta en terceras personas sus bienes en el ejercicio de un cargo público es necesario para proteger mejor el bien jurídico patrimonial del Estado, pues se está omitiendo el pago de impuestos por esconder bienes en interpuestas personas.

El presente proyecto de tesis, se enmarca dentro de los contenidos contemplados en el diseño curricular de la Carrera de Derecho, Modalidad Presencial y forma parte del extenso campo profesional del Abogado. Para identificar el problema objeto de estudio he tenido que construir la correspondiente matriz problemática que facilite el proceso de planificación, para el efecto he procedido a realizar todos y cada uno de los requerimientos institucionales académicos de nuestra Universidad.

La originalidad constituye un factor preponderante en la investigación científica, pues no tendría sentido investigar situaciones que con anterioridad ya se han tratado, por ello, el presente proyecto de tesis trata sobre un tema de mucha actualidad y relevancia desde la atalaya de los delitos contra la administración pública, además de la pertinencia por el hecho de al ser los sujetos activos de esta propuesta de reforma a crear un nuevo tipo penal, funcionarios públicos, y al tratarse de delitos que atañen al sector público su naturaleza es más delicado y trascendente.

Al ser el autor un estudiante de Derecho, se tornará factible la ejecución de la tesis, ya que tengo acceso fácil a las distintas fuentes bibliográficas, a los distintos documentos sobre la materia a investigar, así como cuento con el apoyo de los Docentes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, abogados en libre ejercicio

profesional conocedores del derecho penal que sustentarán mi trabajo en el ámbito jurídico.

Los recursos a emplearse, humanos y económicos se citan en el ítem respectivo y considero que será un muy valioso el aporte del Internet para poder obtener la información requerida sobre el tema a investigar.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL:

- ✓ Efectuar un estudio de naturaleza jurídica, crítica y doctrinaria, sobre los delitos contra la administración pública por parte de servidores públicos.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- ✓ Ejecutar un estudio jurídico y doctrinario sobre el testaferrismo por parte de funcionarios públicos en Ecuador;
- ✓ Realizar un estudio jurídico y doctrinario sobre la teoría del tipo penal y sus elementos;
- ✓ Efectuar una propuesta de reforma al Código Penal del Ecuador, en su Parte Especial, donde se incorpore un nuevo tipo penal que abarque el ocultamiento de bienes en personas interpuestas por parte de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

5. HIPÓTESIS

“Debe considerarse como agravante transcendental el hecho de que uno de los autores del testaferrismo sea empleado público”.

6. MARCO TEÓRICO

El principio de legalidad en la norma constitucional

La norma constitucional establece en su artículo 76, numeral 3 lo siguiente: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”³⁶. Esto quiere decir que una persona no puede ser sancionado por un delito, si este no se encuentra en la norma penal, ni sancionado con la pena, si esta tampoco existe en la ley previa al cometimiento del delito.

El principio de tipicidad en el Código Penal ecuatoriano

Nuestro Código Penal establece como principio rector del Derecho, la tipicidad, mismo que manifiesta: “Nadie puedes ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

³⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008; Corporación de estudios y publicaciones; Pág. 18.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada”³⁷.

En el primer párrafo del artículo ut supra señalado encontramos que ninguna persona puede ser sancionada o reprimida por un acto que al cometerlo, éste no estuviere en la norma penal como delito o infracción, y peor aún que se aplique una pena no establecida con anterioridad al cometimiento del delito.

Respecto al segundo inciso, tenemos que tanto la pena como el tipo penal deben estar con anterioridad establecidos en la norma penal, en la parte especial.

Referente al tercer inciso, si una ley posterior es en beneficio, el procesado será favorecido con ella, así haya sentencia condenatoria, y haya o no empezado a cumplirse.

Sobre el cuarto inciso esto es que si existe contraposición entre dos penas, siempre se aplica la menos fuerte.

Y respecto al último inciso, todas las leyes penales con posterioridad a la infracción siempre se aplicarán en beneficio de los infractores, pese a que haya sentencia ejecutoriada.

³⁷ **CÓDIGO PENAL ecuatoriano**; Corporación de estudios y publicaciones; Actualizado a junio del 2007; Pág. 1.

El tipo penal

El tipo penal es la forma como el legislador ha delimitado una acción que va contrario a derecho y que posee elementos indispensables en su configuración que son garantizados por la tipicidad, para el profesor argentino Zaffaroni son: "...tipos las fórmulas que usa la ley para señalar los pragmas conflictivos cuyas acciones amenaza con pena. Para el poder punitivo es la formalización de la criminalización primaria que habilita su ejercicio en leyes con función punitiva manifiesta"³⁸.

El profesor argentino manifiesta que son "fórmulas" donde se establece conductas antijurídicas, y que poseen la amenaza de una pena.

Para el profesor Donna es: "La norma surge a los efectos de proteger al bien jurídico, y es la que determina la ley penal, en este caso los tipos penales existentes en los códigos penales, que conforman la llamada parte especial. Dicha norma, que prohíbe realizar una acción u obliga a la comisión, debe necesariamente encontrar apoyatura en la ley que amenace de pena la violación del mandato contenido en ella. Quizá una de las mayores conquistas del liberalismo jurídico frente al poder del Estado, fue limitar esa amenaza de pena, en sistema cerrado, descriptiva de algunas acciones que van en contra de la norma afectando el bien jurídico (...) El tipo jurídico penal es, pues "el conjunto de todos los presupuestos materiales (con exclusión de los procesales) que condicionan la aplicación de una pena. Dicho en otras palabras, el derecho describe

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "TRATADO DE DERECHO PENAL", Parte General, Tomo I, Editorial "EDIAR", Buenos Aires – Argentina 1998, Pág. 432.

determinados tipos de ilícito que son infracciones a la norma como un proceso vital cerrado y lo sanciona bajo pena”³⁹.

Tipicidad

A la tipicidad se la considera como un principio en nuestra legislación y es donde se garantiza los diversos caracteres de los tipos penales, al respecto: “Cabe advertir que la tipicidad de una acción señala su prohibición penal, es decir, su conflictividad penal, a partir de la cual se averigua su antijuridicidad y su culpabilidad, que son caracteres de esa acción típica y no de otra, con lo cual la tipicidad se proyecta a los desvalores sucesivos de la misma acción”⁴⁰.

La tipicidad se encuentra subsumida en la legalidad, y este principio conlleva a que: “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida”. Se la maneja como principio que engloba al tipo penal, que llegaría a ser un elemento del delito.

Funcionario Público

“Quien desempeña alguna de las funciones públicas. / El órgano o persona que pone en ejercicio el poder público.

³⁹ DONNA, Edgardo, “**TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA, Imputación delictiva**”, Editorial ASTREA, 1ra. reimpresión, Buenos Aires – Argentina 2001, Págs. 64 y 65.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; “**TRATADO DE DERECHO PENAL**”; Parte General; Ob. cit.; Pág. 440.

La extensión de este concepto a cuantos intervienen en un servicios públicos ofrece dificultades cuando su concesión está encomendada a simples particulares, ya que resulta muy violento considerar funcionario público a un auxiliar secundario encargado de la limpieza de vehículos dedicados, a las órdenes de particulares, a recorrer una línea de transporte entre dos pueblos de mayor o menor importancia”⁴¹.

El servidor público, como un profesional de carrera forma parte de una compleja estructura administrativa. El funcionario en el proceso administrativo ejerce autoridad y mando; sus resoluciones tienen que ajustarse al cumplimiento de las normas y reglas administrativas, a obrar con sentido racional y lógico, a procurar que sus órdenes sean lo más acertadas y ágiles, so pena de que se paralice el aparato administrativo.

La Constitución de la República del Ecuador, en actual vigencia, en el inciso primero de su Art. 229 señala que:

"Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo función o dignidad dentro del sector público”.

Por su parte la Ley Orgánica de Servicio Público, en el artículo 4, señala: "Servidoras y servidores públicos.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en

⁴¹ OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial HELIESTA, 28va. Edición, Argentina 2002, Pág. 448.

cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público"⁴².

De acuerdo con la definición legal anterior son servidores públicos, todas aquellas personas que de cualquier forma o por cualquier título, realicen una prestación de servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

La administración pública en Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador en la Sección Segunda, del Capítulo Séptimo del Título IV Participación y Organización del Poder, contiene algunas disposiciones relacionadas con la temática que ocupa este numeral las que por su importancia serán citadas y analizadas en la forma siguiente:

"Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación"⁴³.

Esta disposición ratifica el hecho de que la administración pública es un servicio a la comunidad y que deberá regirse por principios mencionados en ellas.

Personalmente considero que el precepto constitucional antes señalado, se cumple de manera muy relativa, pues en el Ecuador existe un número significativo de servidores

⁴² LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Corporación de estudios y publicaciones, Actualizado a enero del 2010, p. 1.

⁴³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008, Ob. Cit., Pág. 43.

públicos que no desempeñan honesta y eficientemente la función a ellos encomendado y que consecuentemente demuestran una incapacidad evidente para cumplir sus obligaciones, además de ello la prestación de servicios de parte de la función pública deja mucho que desear de allí que incluso existen constantes reclamos de parte de la ciudadanía en general, aduciendo fundamentalmente la falta de eficiencia.

También han existido algunos casos de corrupción que han escandalizado a la opinión ciudadana, y que tienen su origen justamente en las instituciones pertenecientes a la función pública y en las actuaciones de quienes ocupan y ejercen las dignidades y funciones públicas, por lo que en la realidad social ecuatoriana los postulados constitucionales sobre los cuales debería ejercerse la función pública, no se cumplen de manera adecuada.

"Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora"⁴⁴.

Este artículo establece un aspecto muy interesante que debería cumplirse incólumemente en todas las instituciones que integran el sector público en el Ecuador, pues quien ingresa a la administración pública debe hacerlo luego de ganar el

⁴⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008, Ob. Cit., Pág. 443.

respectivo concurso de merecimientos y oposición que avalice su capacidad para el desempeño de la función que le va a ser encomendada.

El incumplimiento en la convocatoria del respectivo concurso de méritos y oposición debe provocar la destitución de la autoridad nominadora, pues su conducta es gravemente perjudicial a la administración pública y consecuentemente al Estado y a la sociedad.

Hay que tener claro que los traslados, traspasos y cambios administrativos son disposiciones que tienen que ver también con la promoción en la carrera administrativa de los servidores públicos, por lo que toda decisión que en ese sentido tomen las autoridades nominadoras, contraviniendo en este caso las normas de la Ley Orgánica de Servicio Público, deben ser consideradas como causa para destitución de la autoridad nominadora responsable.

El testaferrismo

Es un término usado para definir las actividades de lavados de dinero, o adquisición de propiedades con dineros ilícitos por parte de una persona que se denomina testaferro.

“El que presta su nombre o aparece como parte en algún acto, contrato, pretensión, negocio o litigio, que en verdad corresponde a otra persona”⁴⁵.

Es decir es la persona que presta su nombre o aparece como dueño de determinados bienes que provienen de actos ilícitos, y que pertenecen a otra persona que los está

⁴⁵ MACÍAS CARMIGNIANI, Miguel, 00:00 Jueves 25/06/2009 El Diccionario Enciclopédico de Derecho de Guillermo Cabanellas.

ocultando para lavar activos o no pagar impuestos, es decir evadir a la justicia. En el caso que se trata vamos al hecho del funcionario que esconde sus bienes en terceras personas, es decir personas interpuestas, para evadir pagos.

7. METODOLOGÍA

Para la realización del presente trabajo investigativo utilizaré los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, es decir, las formas o medios que nos permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos a través de los métodos científico, inductivo y deductivo.

7.1 Métodos

El MÉTODO CIENTÍFICO, es el instrumento adecuado que permite llegar a conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad.

El MÉTODO DEDUCTIVO, nos permitirá conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo general a lo particular.

El MÉTODO INDUCTIVO, nos servirá fundamentalmente para tomar un caso en sí, y a través de él llegar al problema en general.

También me basaré en el MÉTODO MATERIALISTA HISTÓRICO el cual nos permitirá conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución, así realizar una diferencia con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.

MÉTODO DESCRIPTIVO, nos compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar las dificultades existentes en nuestra sociedad.

El MÉTODO ANALÍTICO, nos servirá para estudiar el problema enfocando el punto de vista social, jurídico, político, económico y analizar sus efectos.

7.2 Procedimientos y Técnicas

Como técnicas de investigación para la recolección de la información utilizaremos fichas bibliográficas, nemotécnicas de transcripción y nemotécnicas de comentarios con la finalidad de recolectar información doctrinaria.

También aplicaré entrevistas que serán aplicadas en un número de veinte abogados en libre ejercicio profesional.

8. CRONOGRAMA

Actividades Tiempo	AÑO																											
	2013																											
	Enero				Febrero				Marzo				Abril				Mayo				Junio							
Selección y Definición del problema Objeto de Estudio																												
Elaboración del Proyecto de investigación y aplicación																												
Investigación bibliográfica																												
Investigación de campo																												
Confrontación de los resultados de la Investigación con los Objetivos e Hipótesis																												
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica																												
Redacción del Informe Final, revisión y corrección																												
Presentación y Socialización de los Informes Finales																												

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. Recursos Humanos

Director de tesis: Dr. Mauricio Aguirre Aguirre.

Encuestados: 20 personas seleccionadas por muestreo

Entrevistados: 5 profesionales del Derecho

Postulante: CARLOS MERINO LUNA

9.2. Recursos Materiales y Costos

Materiales	Valor
Libros	150,00
Separatas de texto	30,00
Hojas	30,00
Copias	50,00
Internet	100,00
Levantamiento de texto, impresión y encuadernación	300,00
Transporte	150,00
Imprevistos	200,00
Total	1.010,00

9.3. Financiamiento

Los egresos económicos dados en desarrollo del trabajo investigativo, serán financiados por el aspirante.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLISEI y otros, “**Manual de Derecho Penal**”, Editorial Hispanoamericana.
- CAÑAR LOJANO, Luis, “**Comentario al Código Penal de la República del Ecuador**”, Parte General, Tercera Sección, 1ra. Edición, Cuenca-Ecuador 2005.
- Oxford University Press, Volumen 5.
- Código Penal ecuatoriano.
- Código Penal español.
- Código Penal peruano.
- Constitución de la República del Ecuador.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, 22da Edición, Tomo VI.
- DONNA, Edgardo, “**Teoría del delito y de la pena**”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, 1ra. Edición.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis, “**Lecciones de Derecho Penal**”, Acabados Editoriales Incorporados, S.A. de C.V., Oxford University Press, Volumen 3.
- LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Corporación de estudios y publicaciones, Actualizado a enero del 2010.
- OMEBA, **Enciclopedia jurídica**, Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo X.

- OSSORIO, Manuel, “**Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**”, Editorial HELIASTA, 28va. Edición, Argentina 2002.
- ROXIN, Claus, “**Derecho Penal**”, *Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Editorial CIVITAS, 1ra. Edición en español, Madrid-España 2006, Tomo I.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “**Manual de Derecho Penal**”, Parte General, Editorial EDIAR, 2da. Edición, Buenos Aires-Argentina 2006.
- ZAMBRANO PAZQUEL, Alfonso, “**Derecho Penal**”, Parte General, 3ra. Edición, ARA Editores.

ENCUETAS



Distinguido profesional y estudiante de Derecho, con motivo de la realización de la presente tesis previa la obtención del título de Abogado de la República del Ecuador, le solicito de la manera más cortés, Dígnese desarrollar esta encuesta referente al tema: **“El funcionario público y el testaferrismo, como tipo penal agravado”**.

Por la atención que se digne dar a dicha encuesta, le anticipo mis agradecimientos.

ENCUESTA

PRIMERA PREGUNTA

¿Considera Usted que el testaferrismo debe ser un delito?

Sí ()

No ()

¿Por qué?

SEGUNDA PREGUNTA

¿Conoce si la Ley de Lavado de Activos tipifica este delito como tal?

Si ()

No ()

¿Por qué?

TERCERA PREGUNTA

¿Considera Usted que se ocasiona un perjuicio al Estado si se ocultan bienes en interpuestas personas para evitar el pago de impuestos?

Positivo ()

Negativo ()

¿Por qué?

CUARTA PREGUNTA

¿Considera Usted, que exista un tipo penal agravado cuando un servidor o funcionario público oculta o esconde sus bienes en interpuestas personas para no pagar impuestos?

Sí considera ()

No considera ()

¿Por qué?

GRACIAS POR SU ATENCIÓN



Distinguido profesional del Derecho, con motivo de la realización de la presente tesis previa la obtención del título de Abogada de la República del Ecuador, le solicito de la manera más cortés, Dígnese desarrollar esta entrevista referente al tema: “**El funcionario público y el testaferrismo, como tipo penal agravado**”.

Por la atención que se digne dar a dicha entrevista, le anticipo mis agradecimientos.

ENTREVISTA:

PRIMERA PREGUNTA

¿Qué entiende Usted por Testaferrismo?

Explique:

SEGUNDA PREGUNTA:

¿A qué bien jurídico considera Usted que afecta el testaferrismo?

Explique:

TERCERA PREGUNTA:

¿Considera pertinente que se cree un tipo penal agravado contra el servidor público oculte sus bienes, ingresos y capitales en interpuestas personas (testaferrismo) con el ánimo de evadir impuestos?

Explique:

GRACIAS POR SU ATENCIÓN

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	3
3. INTRODUCCIÓN	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA	6
5. MATERIALES Y MÉTODOS	47

6. RESULTADOS	51
7. DISCUSIÓN	62
8. CONCLUSIONES.....	67
9. RECOMENDACIONES	68
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA	70
10. BIBLIOGRAFÍA	73
11. ANEXOS	76
INDICE	99