

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR
COMITÉ DE INVESTIGACIONES

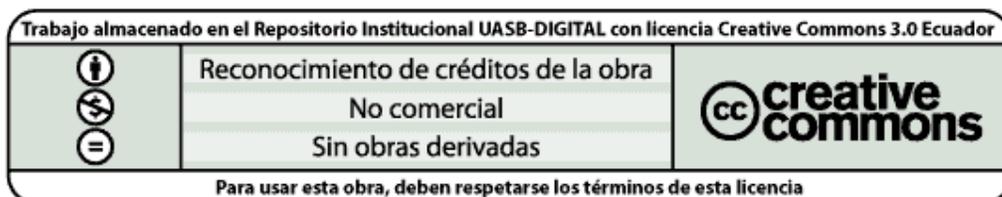
INFORME DE INVESTIGACIÓN

**EL DERECHO PENAL ECONÓMICO: RUPTURAS EN LA
ESFERA PROCESAL**

DIEGO ALFREDO ZALAMEA LEÓN

QUITO - ECUADOR

2010



Resumen

En un contexto de reiterados fracasos en la lucha contra la criminalidad económica, las herramientas procesales adquieren un papel preponderante, porque hasta el momento son el instrumento que ha conseguido romper la inercia y producir resultados palpables. El presente artículo desentraña figuras existentes en leyes especiales y abre un espacio de reflexión sobre su legitimidad. Se centra en dos ejes: el primero se ocupa de tres figuras investigativas que caben en el concepto de operaciones encubiertas -agente encubierto, entrega vigilada y delación compensada-; el segundo, se reserva para la estrategia destinada a conseguir una disminución en la carga probatoria y un trámite más sencillo, a través de la imposición de sanciones que se las ha considerado penales por trámites administrativos o civiles. El análisis de legitimidad utiliza una visión ecléctica, además del enfoque jurídico centrado en los derechos de los procesados, se incorpora una perspectiva centrada en la efectividad social. Con el fin de conseguir un estudio asentado en la realidad nacional, se privilegia el análisis de ejemplos concretos extraídos de nuestra vivencia; esta visión aplicada permite evidenciar lo parcial e insuficiente que resulta el solo examen de la coherencia normativa y muestra la riqueza de aproximar la dogmática a las necesidades sociales.

Diego Alfredo Zalamea León

Abogado, Máster en Criminología -Universidad del País Vasco-, Mediador. Docente Universitario, Jefe del Programa de Protección a Víctimas y Testigos y Director Nacional de Político Penal (e) de la Fiscalía; Consultor en proyectos del Banco Mundial, CEJA, USAID, Comisión de la Verdad; Coordinador de la Asociación de Facultades de Jurisprudencia. Autor de publicaciones nacionales e internacionales y de modelos de gestión para el sistema oral.

El Derecho Penal económico: rupturas en la esfera procesal

Diego Zalamea L.

1. Objetivo

Este artículo está destinado a plantear un debate crítico sobre figuras procesales de excepción, en concreto, las operaciones encubiertas y la imposición de sanciones por vía administrativa y civil. Ante los graves perjuicios que conlleva la delincuencia económica para la comunidad internacional, existe una fuerte tendencia a buscar alternativas y explorar nuevas opciones que permitan potenciar y rediseñar la persecución estatal en esta materia; de hecho, en estos momentos por su efectividad las herramientas de carácter procesal toman un papel preponderante y, nuestro país se halla en un proceso de asimilación de estos nuevos instrumentos pero, sin haber forjado un espacio de debate sobre sus implicaciones y potencialidad.

2. Enfoque

El enfoque de este estudio se aleja de la perspectiva mayoritaria que hoy se ha impuesto en nuestro país, toda la normativa penal y procesal tiende a ser analizada bajo la perspectiva única de las garantías individuales de las personas procesadas, con un marcado matiz de desinterés por el real funcionamiento del sistema penal. El punto de vista adoptado, busca alcanzar una postura equilibrada entre derechos y efectividad; hoy en día, este cambio de visión resulta imperioso, no solo por los serios problemas de legitimidad para el estado de derechos acarrea la falta de eficacia del sistema de justicia, sino incluso por la sustentabilidad de los propios derechos ciudadanos.

La labor legislativa diaria demuestra que una serie de reformas jurídicas elaboradas sobre la base de este único enfoque, en poco tiempo, terminan por dejar en evidencia

falencias serias en materia de aplicación práctica y, ante las aristas complejas que produce para la convivencia social; por paradójico que parezca, se terminan por convertir en la mayor fuente para el surgimiento de posturas reaccionarias y figuras legislativas marcadas por su confrontación con los derechos de los ciudadanos, el debido proceso y en especial el principio de proporcionalidad.¹ Creemos que es hora de reconocer que para hacer viable y sostenible un estado democrático con niveles aceptables de garantías ciudadanas, se necesita un sistema penal con niveles aceptables de efectividad, en especial para enfrentar fenómenos altamente corrosivos como la criminalidad económica y otras formas de delincuencia organizada.

Bajo esta perspectiva, se busca adoptar una visión compleja, que sin implicar una renuncia a la perspectiva de derechos del procesado, se enriquezca con un análisis de los costos y beneficios reales que cada figura procesal conlleva en la aplicación diaria de la justicia. Este enfoque introduce un análisis complejo, donde se supera la visión maniquea que limita a cada figura a ser vista como enteramente buena o mala, para someterla un análisis complejo de ventajas y costos, donde su legitimidad viene dada por el saldo que para los intereses sociales e individuales. Con objeto de conseguir otorgar al debate una visión pragmática y ganar en coherencia con la realidad nacional, se he resuelto asentar los análisis en ejemplos concretos de instituciones que están en funcionamiento en nuestro país.

En el tema de la criminalidad económica,² una preocupación sobre la efectividad del sistema penal resulta central, en razón de que en la subregión existen ejemplos concretos de las crisis estructurales ocasionadas por la ineficacia estatal de dar respuesta

¹ Los últimos debates legislativos generados en torno al Código de Procedimiento Penal –ej. apelación de la resolución dictada en la etapa intermedia-, Código Penal –ej. pasar a contravenciones de hurtos, robos inferiores a 2 remuneraciones básicas unificadas a contravenciones-, Ley de tránsito –ej. contravenciones juzgadas por vía judicial- entre otras, son muestra de lo real que resulta esta tendencia de pasar de un extremo al otro.

² Hernando Hernandez, *los Delitos Económicos en la Actividad Financiera*, Bogotá, Gustavo Ibañez, 2005, p. 97-100.

a un fenómeno que mina ciertos pilares esenciales de las sociedades democráticas, ejemplos como lo sucedido en Colombia, México y Jamaica deben ser un referente para graficar los riesgos que esta actividad delictuosa conlleva.

3. Relevancia del tema

En virtud de la ubicación geográfica del Ecuador y el momento que hoy vive nuestra sociedad, el conseguir potenciar la persecución criminal en materia de delincuencia económica resulta un interés primordial. Dado que, como se ha analizará en el próximo apartado, las herramientas procesales toman preponderancia para la persecución criminal de este tipo de actividades, el tema que se aborda resulta crucial para el futuro inmediato de la sociedad ecuatoriana y su sistema de justicia.

En materia de innovación, la persecución criminal de la delincuencia económica marca un hito dentro de la búsqueda de efectividad en materia procesal, se ha convertido en un verdadero caldo de cultivo para la experimentación de nuevas herramientas y estrategias. En el momento actual un estudio destinado a valorar los logros y costos de este período de experimentación, promete arrojar luces sobre buena parte de las tendencias futuras del desarrollo del derecho procesal penal. Además el análisis obliga a plantear un debate fundamental para el desarrollo de la justicia, en razón que obliga a revisar que tanto de los viejos cánones son en verdad una garantía de los derechos de la partes y, que esfera es fruto de un simple respeto sacramental a la tradición.

Hasta la fecha el estudio del potencial y los resultados prácticos de estas herramientas ha sido casi nulo, el acceso a esta área de investigación se ha visto limitada por una serie de factores que dificultan su análisis, entre ellos son de especial interés los siguientes: la técnica legislativa empleada ha llevado a que sea una regla casi absoluta la

dispersión normativa de regulaciones penales y procesales en una diversidad de cuerpos legales especiales, incluso en ocasiones ha existido una deliberada estrategia de introducirlas de manera camuflada y utilizar la dispersión normativa para disimular la incompatibilidad con los parámetros de persecución tradicionales; de manera lamentable nuestra escasa producción académica ha caído en la trampa, porque los pocos estudios existentes en materia procesal penal, se han limitado al análisis del cuerpo normativo base –Código de Procedimiento Penal- y, estas figuras han quedado a la sombra de un análisis crítico.³ De manera adicional, esta materia se ha visto afectada por una cierta minusvaloración que en nuestra subregión ha existido sobre el tema procesal, hasta hoy no existe una conciencia de la verdadera relevancia que para los derechos ciudadanos y efectividad del sistema penal, tiene el modelo de administración de justicia elegido. Por último, una producción investigativa poco conectada con las necesidades reales, ha llevado a que se privilegie la producción de temas abstractos y conceptuales, frente a una ciencia aplicada capaz de realizar aportes a los problemas reales que hoy sufre nuestro país y potenciar su desarrollo.

4. Antecedentes

A partir de 1985 cuando Günter Jakobs presenta la polémica distinción entre el derecho penal del enemigo y del ciudadano, el tema de la criminalidad económica u organizada se ha convertido en un punto de ruptura para la ciencia penal, y más allá del debate de la legitimidad de un derecho de excepción, hoy en día existe pocas dudas sobre el hecho fáctico de la existencia de este doble estándar.⁴

³ Por ejemplo esta estrategia quedó en evidencia, cuando la permanencia del Ecuador en la lista del GAFI, fue condicionada a emitir un cuerpo legal propio sobre financiamiento al terrorismo. El mensaje internacional fue explícito al destacar que no bastaba con tener disposiciones generales en el Código Penal, sino que se debía adoptar un cuerpo legal autónomo con su propia lógica interna.

⁴ Jesús Trillo, *Delitos Económicos*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 21-36.

Tras la tendencia internacional de adoptar un derecho de excepción en esta materia, existe la necesidad de conseguir efectividad en la persecución criminal, en un tipo de delincuencia ante la cual las herramientas procesales tradicionales han mostrado un nulo potencial. La necesidad de conseguir resultados concretos, ha obligado a reconocer que la reacción inicial frente a esta criminalidad, centrada en intentar afrontar esta carencia con el exclusivo uso de herramientas relacionadas con el derecho penal, no ha rendido los frutos que se esperaban. A pesar de la aplicación de una técnica legislativa de excepción, basada en criterios tan radicales como: el uso de pluralidad de verbos rectores,⁵ tipos penales abiertos,⁶ tipos penales en blanco con remisión a normas infra legales y hasta a resoluciones administrativas,⁷ el adelantamiento de la barrera de protección mediante la tipificación de figuras de emprendimiento,⁸ ampliación de la esfera de protección mediante la tipificación de formas de encubrimiento,⁹ tipificación de consecuencias necesarias de un delito y no de conductas¹⁰ e incremento desproporcionado de las penas.

⁵ Estrategia destinada a crear verdaderas telarañas legales donde ninguna conducta se escape. Ej. Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y Ley de Lavado de activos.

⁶ Los términos empleados en ciertas tipificaciones penales de delitos económicos, son tan amplios que caben una amplia gama de conductas totalmente inocuas o al menos cuya gravedad en ningún caso se comparece con la pena. Ej. Art. 437 A, 428 y 429 del Código Penal.

⁷ Esta herramienta relativiza el principio de legalidad y consigue adquirir flexibilidad, porque el someter a normas reglamentarias o a decisiones administrativas, el procedimiento para actualizarlas resulta ágil; por ejemplo en la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas la actualización del listado de las sustancias sometidas a control queda confiada a una decisión del CONCEP o el monto del interés para el delito de usura que en última instancia queda confiada a una decisión de la junta bancaria.

⁸ Forma de tipificación que consiste en normar como delito independiente supuestos que acorde a la técnica regular serían tentativa o incluso actos meramente preparatorios. Por ejemplo la tenencia, transporte y tráfico de precursores químicos en la Ley de sustancia estupefacientes y psicotrópicas, o la tenencia falsificación de objetos para fabricar valores que consta en el art. 330 del Código Penal. De manera adicional esta forma de tipificación acarrea una ampliación adicional debido a que al ser delito independiente resulta cabe incluso tentativa de un delito de emprendimiento

⁹ El caso paradigmático es el lavado de activos, además al igual que lo anotado en la nota al pie anterior aquí cabría encubrimiento de un delito que bajo la técnica tradicional sería de encubrimiento.

¹⁰ El caso del enriquecimiento ilícito es un ejemplo claro de esta opción legislativa, si como ejemplo se toma el enriquecimiento ilícito fruto del tráfico de cualquier mercadería ilícita, resulta que la acción de vender es sancionada, pero, el incremento patrimonial que es una consecuencia necesaria de esta acción, de por sí también recibe una sanción como delito autónomo.

El fiasco original ha obligado a revisar una vieja distorsión generalizada en el ámbito latinoamericano, marcada por la tendencia a subvalorar la esfera procesal – “adjetiva”- ante la denominada materia “sustantiva”. De hecho, resulta paradigmático que en nuestra subregión la consciencia que hoy comienza a tenerse sobre la influencia que tiene el modelo procesal en la administración de justicia y los derechos de los involucrados, comience a surgir no de la academia, sino de las instituciones y funcionarios que en el día a día están inmersos en el funcionamiento judicial. Existen indicios de que a diferencia de sus similares de naturaleza penal, las estrategias de carácter procesal han conseguido dar vuelcos importantes a la actividad investigativa y persecutoria, por ello, en estos momentos ocupan un papel protagónico para el futuro del combate a estas formas delictivas.

5. Estrategias procesales utilizadas para combatir la delincuencia económica

Para abordar las estrategias de excepción en el ámbito procesal, se ha procedido a agruparlas en dos grandes categorías: la primera, relacionada con la introducción de nuevas técnicas de investigación. La segunda, consiste en la disminución de la carga probatoria, mediante la imposición de sanciones que tradicionalmente han correspondido al área penal, por vía administrativa o civil.

5.1 Técnicas de investigación

El mayor nudo crítico que las sociedades modernas han tenido para alcanzar una persecución efectiva en esta materia, es la escasa capacidad que las herramientas tradicionales han mostrado tener, para efectos de detectar y conseguir evidencia suficiente que le permita judicializar los casos y alcanzar sentencias condenatorias en especial de los escalones más altos de las estructuras delictivas.

Se debe tener presente que las estructuras de estas organizaciones están diseñadas a encubrir sus actividades y en especial a las cúpulas que las dirigen,¹¹ además de contar con elevados niveles de conocimiento y tecnología para alcanzar este objetivo. Por ello, no es de extrañar que herramientas investigativas diseñadas para el esclarecimiento de delitos individuales y efectuados por medios rústicos, muestren su ineptitud cuando se las emplean para enfrentar procedimientos complejos, sutiles y técnicos.¹²

Si se analiza el real funcionamiento de las técnicas tradicionales, se llega a comprender las limitaciones que posee en esta materia. La persecución penal tradicional se basa en dos ejes articuladores, el primero centrado en la consecución de evidencia testimonial de personas que presenciaron los hechos y, el segundo la recolección y análisis técnico de vestigios que vinculen al autor con el ilícito. Resulta gráfico un análisis práctico de la efectividad de estas herramientas en el marco de la criminalidad económica; por ejemplo, si se reflexiona lo que sucede en el tráfico de mercancías ilícitas como la droga o armas, las limitaciones de la prueba clásica basada en un testimonio de un tercero no involucrado en el ilícito, acarrea dudas sobre su efectividad, ¿los actos de los directivos por su naturaleza serán captables por un observador externo?; dado los medios y los lugares que se escogen para impartir las órdenes, ¿será realista creer que normalmente exista un testigo que pueda presenciar y entender estos actos?; en el supuesto de que existiese un caso en que haya un testigo externo que captó un acto que incrimine a un directivo ¿será realista pensar que va a estar dispuesto a declarar con el riesgo que ello implica?.

Con relación a los métodos técnicos de análisis de evidencia, la experiencia internacional demuestra, que el problema contrario a la creencia generalizada en nuestro país, no pasa por la calidad de técnicos, equipos o laboratorios que los cuerpos de

¹¹ (Jesús Trillo, 2008, p. 82-83).

¹² Günter Kaiser, *Introducción a la Criminología*, Madrid, Dykinson, 1988, p. 362-377.

persecución criminal posea, sino por las limitaciones intrínsecas a la naturaleza de la criminalidad a la que se enfrenta. Si los verdaderos dueños de las mercancías de manera habitual estén físicamente muy distantes de las rutas de circulación, ¿no resulta ilusorio pensar que se puede hallar alguna evidencia física que los vincule con el delito o la mercancía ilegal?.

Las limitaciones anotadas, han marcado la necesidad de forjar nuevas herramientas investigativas, entre las cuales hoy han tomado un papel protagónico las operaciones encubiertas, categoría que recoge tres técnicas investigativas: agentes encubiertos, entregas vigiladas y delaciones compensadas.

5.1.1 Agentes encubiertos

El agente encubierto es un empleado o funcionario público –generalmente policía– que, voluntariamente y con autorización judicial, se infiltra en una organización delictiva a fin de obtener información. Las finalidades concretas suelen relacionarse con la identificación de su estructura, integrantes, modus operandi, rutas, contactos, actividades, financiamiento y la consecución de evidencias para el proceso judicial.¹³

Esta estrategia investigativa tiene la fortaleza de atacar la causa de la ineficacia de las herramientas tradicionales. Si se ha constatado que el problema se debe a que la estructura y esquema funcional de estas organizaciones resulta inaccesible para los medios investigativos tradicionales, debido a que una actuación a posteriori y desde una perspectiva externa no permite, desentrañar los procesos internos de actividades complejas y mucho menos identificar a los integrantes de su estructura; resulta prometedora una técnica investigativa proactiva, cuyo funcionamiento es anterior a la ejecución a los delitos y que permite alcanzar una perspectiva interna del

¹³ Fermín Echarri y Santiago González, *Aspectos procesales de la delincuencia económica*, Bogotá, Gustavo Ibañez, 2005, p. 77 y 78.

funcionamiento de las organizaciones criminales. De hecho, la experiencia comparada internacional ha demostrado en reiteradas ocasiones que los juicios contra bandas delictivas, se han basado en la información y evidencia obtenida sobre la base de operaciones encubiertas y en especial a agentes infiltrados.¹⁴

Es interesante anotar que en Ecuador el único éxito alcanzado en el combate a actividades ilícitas relacionadas con la materia económica, se produce en la única materia donde se aplica esta figura. Es un hecho no controvertido el avance conseguido por el Servicio de Rentas Internas (SRI) en materia de disminuir la evasión tributaria; a pesar de en este logro influyen una variedad de factores que no pueden ser subestimados -reestructuración integral de la institucionalidad, el liderazgo de sus directores y una política consistente en el tiempo-, resulta justo anotar que no se habría podido alcanzar sin la introducción de los fedatarios.¹⁵ Puede parecer una exageración sostener que la figura de los fedatarios son un pilar esencial de la política tributaria, pero si se analiza el esquema funcional se puede constatar que la labor de control que desarrolla el SRI, casi en su integridad descansa sobre la información obtenida de las facturas entregadas por transacciones de bienes y servicios, y se debe recordar que esta base de datos, solo se pudo construir a partir del cambio cultural en materia de facturación que produjo las clausuras sistemáticas realizadas por estos funcionarios.

Es cierto que se podría polemizar con respecto a si la figura del fedatario coincide exactamente con el agente encubierto; de hecho, se debe reconocer que existe una característica que no calza de manera exacta con la imagen de esta figura investigativa, debido a que el fedatario no se infiltra un cierto tiempo en una organización delictiva.

¹⁴ Por ejemplo el famoso juicio desarrollado familia del crimen organizado Lucchese que afincó sus actividades el New Jersey y que ha sido llevada al cine en la película "*Find Me Guilty*"; permite observar como el juicio se centra en los testimonios otorgados por un agente encubierto y ex miembros de la banda bajo la modalidad de delación compensada. Sidney Lumet, *Find Me Guilty*, Yari Film Group Releasing, Los Angeles, 2006.

¹⁵ Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, disposición general séptima, numeral "g" en concordancia con el "a".

Pero, resulta poco sostenible el que una peculiaridad en la forma como realiza el trabajo sea motivo para negar su esencia.

5.1.1.1 Crítica

No es raro que una estrategia investigativa que tuvo su origen en una familia de derecho diversa a la nuestra –*comon law*- y que a la larga no es más que el reconocimiento normativo de una vieja práctica policial, haya generado una serie de críticas:

- El estado se vale de medios inmorales como son la simulación, engaño y traición para la persecución a los ciudadanos, por ello la efectividad se consigue a costa de renunciar a los principios que deberían ser la base de su estructura funcional.
- Esta estrategia conlleva costos elevados en materia de riesgo para la integridad física del agente; e incluso existen riesgos en materia de integridad moral, en razón de que el tipo de vida y el dinero fácil suelen ser un señuelo poderoso.
- Los costos en materia de ética son elevados, en razón de que en la práctica los estados que han consagrado esta figura, han terminado por aceptar con mayor amplitud o ciertas restricciones el dejar en la impunidad actos delictivos cometidos por el propio agente encubierto. En razón de que la realidad ha llevado a reconocer que, resulta ilusorio pensar que una organización delictiva, recepte en su seno a una persona que cumpla una labor de observador y no se involucre en ninguna de sus actividades.
- Por último, se ha sostenido que la adopción de atajos, sirve para evadir el problema de fondo que es la falta de capacidad técnica en las agencias investigativas, y, a la larga lo único que se logra es disimular su ineficacia y restar los estímulos para realizar una verdadera reforma integral a dichas instituciones.

Es importante anotar que las críticas realizadas en general gozan de solidez y conllevan costos en materia de legitimidad, la única que debe ser confrontada de manera integral es la última. Como punto de partida, cabe una reflexión referida a los países de donde surge esta figura, si fuese real la crítica esbozada, debería coincidir con aquellos que no han logrado consolidar un aparato de persecución criminal; pero, resulta que la realidad muestra un escenario inverso, debido a que esta figura investigativa surgió precisamente en los países con alta efectividad persecutoria.

El segundo tema de reflexión, se basa en una perspectiva más trascendente: el esquema funcional. Como se anotó, la ineficiencia de las técnicas tradicionales, no se debe a su falta de perfeccionamiento, si no a límites de la propia naturaleza de estas herramientas, en tal sentido, la no utilización de agentes encubiertos, no incentiva a la mejora de las técnicas tradicionales, si no simplemente favorece la impunidad. De hecho, Ecuador es una muestra de la realidad anotada, dado que salvo una materia no cuenta con agentes encubiertos, bajo la lógica que conlleva la crítica, debería haber existido desarrollo exponencial de las técnicas tradicionales pero, la realidad muestra que en términos generales se mantienen vigente un método primario; en tanto, que en materia tributaria, donde debería existir un esquema de control atrofiado, en algo más de una década, ha conseguido exhibir avances sostenidos en materia de sofisticación y efectividad de sus investigaciones en niveles sin parangón dentro de nuestra realidad.

5.1.1.2 Motivos para adoptar esta medida

Con el fin de alcanzar una visión realista, vale la pena introducir una reflexión basada en nuestra vivencia diaria. Dado que existe una materia en la que nuestro país se ha aplicado esta figura, resulta de especial interés realizar una evaluación práctica basada en las críticas introducidas y la legitimidad que ha alcanzado en la sociedad

ecuatoriana. En concreto se hace relación a la figura de los fedatarios del SRI, introducida por la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas.

Es cierto que si se revisan de manera aislada las críticas anotadas, suenan coherentes y veraces; pero, cuando el examen se aterriza en la experiencia vivida, el panorama cambia de manera radical. Por ejemplo, será serio sostener que la introducción de los fedatario ha implicado: una renuncia del estado ecuatoriano a sus principios, un deterioro significativo de los cimientos de su funcionamiento institucional, una toma de atajos a espaldas de cualquier criterio ético o una vulneración a la integridad física o moral de un sector significativo de estos funcionarios.

En tanto que en la esfera de los beneficios, es justo anotar que esta figura es un pilar esencial donde descansa una política tributaria que hoy en día, sostiene el funcionamiento de nuestra sociedad, permite potenciar la redistribución de la riqueza y el desarrollo de nuestro país. De igual manera en la esfera ética y de institucionalidad estatal, en este momento la materia tributaria es el área donde el Ecuador puede exhibir mejores logros y su labor goza de un reconocimiento social amplio.

Para terminar el análisis de legitimidad, se debe introducir una reflexión comparativa, de las implicaciones que conlleva la introducción de esta figura en materia de criminalidad organizada, frente a lo que implicó en materia tributaria. Si en el Ecuador se ha alcanzado un elevado grado de legitimidad con una aplicación en infracciones leves -no entregar factura- y por vía de una simple decisión administrativa, en virtud del principio de proporcionalidad, no existen razones coherentes para oponerse a su incorporación en delitos de criminalidad organizada -tráfico de drogas y armas, tráfico y trata de personas, lavado de activos, etc.-, implementada con decisión y supervisión judicial.

Esta reflexión basada en la casuística, permite graficar la crítica realizada al análisis de legitimidad efectuado tradicionalmente en el área jurídica. De manera regular el examen se limita a una revisión de carácter abstracto sobre la existencia de puntos de tensión entre la figura legal en estudio y algún principio o valor relevante para el sistema de justicia; en general, apenas se detecta la primera confrontación de manera automática se concluye su ilegitimidad. El ejemplo citado, revela que atrás de esta postura se esconde una visión reduccionista y maniquea que impide observar la complejidad del funcionamiento social; una valoración integral lleva a reconocer que hay valores e intereses legítimos que tienen puntos de contacto y en ocasiones entran en confrontación, esta realidad obliga a una valoración compleja, donde entra en juego el pesaje costos y beneficios que la figura genera para cada uno de los intereses en juego. De hecho, esta perspectiva privilegia la búsqueda de proporcionalidad y ponderación de los valores en juego, filosofía que coincide con la nueva tendencia de pensamiento adoptada por nuestra legislación, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional al momento de regular los métodos de interpretación constitucional los recoge estos de manera expresa.

El hecho de que pueda ser conveniente la incorporación de los agentes encubiertos, no implica que no existan riesgos y que sea necesario tomar ciertas precauciones. Una adecuada legislación, debe incorporar un blindaje mínimo de garantías que limite las posibilidades de excesos; para este objetivo resulta clave tener en cuenta al menos cinco elementos, los tres primeros de naturaleza legal y los dos últimos judiciales. El primero, consisten en una restricción de su esfera de vigencia a los tipos delictivos donde el principio de proporcionalidad así lo justifique. El segundo, una regulación clara del procedimiento, de manera que no exista dudas sobre el trámite, facultades y responsabilidades de cada actor. El tercero, una regulación expresa de las

consecuencias jurídicas de los delitos que cometa el agente para infiltrarse. El cuarto, la decisión judicial que debe mediar para su implementación con una doble esfera, el cumplimiento de requisitos legales y la proporcionalidad en el caso concreto. Por último, el seguimiento judicial a su aplicación, de manera que se reduzcan al mínimo las intervenciones que afecten o limiten los derechos de las personas.

5.1.2 Entrega vigilada

Esta modalidad consiste en permitir la realización de remesas ilícitas o sospechosas de serlo, bajo vigilancia oficial, con el fin de descubrir el funcionamiento global de la red e identificar a un mayor número de responsables. Incluso existen modalidades donde se intercepta la mercadería y se la vuelve inocua; por ejemplo, se cambia la droga por talco y se permite que continúe el envío.¹⁶

La legislación ecuatoriana como consecuencia directa de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas recogió esta figura en el artículo 102 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. En la práctica, su potencial se ha visto limitado por la poca aplicación que los actores han hecho de ella y, la falta de creatividad para conseguir elevar su potencialidad; por ejemplo, qué sucedería, si en vez de capturar solo la mercancía en los envíos realizados por correo y Courier -como a diario sucede-, se la dejaría llegar a su destino y ahí se procedería a la detención de la banda destinada a la distribución.

5.1.2.1 Críticas

En contra de esta figura se ha intentado generalizar las críticas destinadas al agente encubierto. A pesar de que ambas figuras pertenecen al género de operaciones encubiertas, no es adecuado presuponer a priori que las críticas para una herramienta

¹⁶ (Fermín Echarri y Santiago González, 2005, p. 77 y 78).

investigativa, son endosables a otra cuya naturaleza es diversa. En concreto en el caso de las entregas vigiladas, no hay engaño por parte de las agencias investigativas, salvo en casos excepcionales, como por ejemplo cuando se cambia la sustancia para hacer inocuo el procedimiento; pero, incluso en este caso se debe reconocer que la afectación real a los derechos de los involucrados es mínima.¹⁷

La única afectación real a los derechos del imputado que podría argumentarse, es que puede existir casos en los que la no actuación en el primer momento de las fuerzas de seguridad, podrían haber implicado que se perfeccione un delito más grave. Por ejemplo, en vez de tenencia con fines de tráfico de drogas, pudo haberse convertido en tráfico internacional por haber dejado que se realice al envío.

5.1.2.2 Motivos para adoptar esta medida

Aceptado el hecho de que podría presentarse una eventual afectación en casos esporádicos, incluso en ellos, parece discutible el hecho de que los cuerpos de seguridad no puedan escoger el momento de intervenir para conseguir la mayor efectividad en la persecución criminal. Además que dentro de un análisis de costos beneficios, resulta ilusorio sostener que una afectación mínima no es aceptable para enfrentar con efectividad las consecuencias de la criminalidad organizadas. Incluso es justo anotar que, las técnicas convencionales de persecución, visto su funcionamiento en el tiempo, acarrear mayores costos, por ejemplo, ¿no es ilegítimo encerrar todos los años a miles de mulas sabiendo que el negocio del narcotráfico queda intacto o incluso cada está más boyante?, ¿Cuándo dolor humano y familiar inútil a perpetuado esta política criminal en nuestro país?.

Es interesante destacar que esta herramienta ha sido ya utilizada en nuevas áreas de la delincuencia organizada, por ejemplo en la Fiscalía Centro Norte de Santiago se

¹⁷ (Fermín Echarri y Santiago González, 2005, p. 79-81).

implemento una estrategia de persecución denominada “Flagrancia Inteligente”¹⁸, la misma que parte de la lógica que atrás de los hurtos y robos callejeros hay bandas delictivas que actúan en determinados sectores. La estrategia consistió en detectar esos lugares, filmar por un tiempo como actúan las bandas y cuando se tenía a la mayor cantidad integrantes, en ocasiones hasta a los que comercializaban las mercancías fruto del ilícito, atraparlos y desarticular la estructura. Los resultados han sido radicalmente diversos, la experiencia de las grandes ciudades demuestra que por la seguridad ciudadana se hace poco con la técnica tradicional de encarcelar a los arranchadores, porque si la estructura de la organización queda intacta, en pocos días son remplazados y el problema subsiste; en tanto que si se desarticula las organizaciones y en especial los lugares de venta, se rompe el circuito criminal y se deja en el desempleo a decenas de pequeños ladrones, los mismos que a la larga son responsables en buena medida del sentimiento de inseguridad que reina en nuestras ciudades.

5.1.3 Delación compensada

Esta herramienta procesal consiste en no iniciar acciones penales u otorgar una sanción más baja en compensación a la delación de actos, autores o cualquier información relevante para desarticular la organización delictiva a la que pertenece. Esta estrategia consta en el artículo 86 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas donde la consecuencia jurídica es la disminución a un tercio a la mitad que le hubiere correspondido sin su colaboración; de la misma forma en el artículo 21 de la Ley de Lavado de Activos, en este caso la pena puede disminuir hasta la cuarta parte.¹⁹

¹⁸ Andres Baytelman, *Flagrancia Inteligente*, en Seminario Buenas Prácticas en los Nuevos Sistemas Procesales Penales Latinoamericanos, CEJA, 22-25 de mayo de 2007.

¹⁹ Aldo Gonzalez, *Delación Compensada o amnistía en la Lucha Anticarteles*, Universidad de Chile, p.2-8, en <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf>

La fortaleza de esta figura es muy similar a la que posee el agente encubierto, debido a que permite tener una perspectiva interna y obtener pruebas que desde el exterior resultan inaccesibles. Incluso suele alcanzar hasta una mayor eficacia, porque es lógico que un integrante que ha sido parte de una organización delictiva por años, alcanza un grado superior de involucramiento, conocimiento de la estructura, del modo de funcionamiento, de los integrantes y actos delictivos cometidos que, una persona que se ha infiltrado un cierto tiempo.

En materia de efectividad esta figura ha tenido un fuerte déficit, desde nuestra perspectiva se debe a que los incentivos son poco realistas, si bien es cierto que incluyen una disminución de la pena, pero la aplicación práctica, ha demostrado que personas involucradas en estas redes, saben que al ingresar en un centro de rehabilitación se colocan en un status de vulnerabilidad elevado, razón por la cual cualquier beneficio es pírrico, frente al riesgo que corre su integridad.

La limitante anotada obliga a poner en la mesa de discusión, la posibilidad de que la Fiscalía pueda abstenerse de acusar en estos casos, alternativa que al momento tiende a imponerse en el derecho comparado. Es cierto que el uso de esta herramienta investigativa con la modalidad anotada, conllevaría dejar en la impunidad a un integrante de la actividad delictiva, pero, si como se ha anotado, encarcelar a eslabones inferiores es un sufrimiento inútil, en tanto que el golpear a mandos medios y altos eso si significa una pérdida real para la organización.

5.1.3.1 Crítica

Esta estrategia investigativa también ha recibido críticas serias:

- El estado se vale y promueve un medio inmoral como la traición para potenciar la persecución penal contra los ciudadanos, en tal virtud adopta la lógica de los fines justifican los medios.

- Los incentivos que introduce genera riesgos de falsas delaciones, el hecho de beneficiar con rebajas de pena o impunidad para conseguir información contra sus ex colaboradores puede llevar a incriminaciones falsas.
- Se corre riesgos fuertes de cometer injusticias, en razón de que la prueba se basa en el testimonio de personas que se conoce que están insertas en estructuras delictivas, por tanto, existen dudas sobre su imparcialidad y confiabilidad.

5.1.3.2 Motivos para adoptar esta medida

Se reconoce que las críticas realizadas conllevan un par de debilidades reales, existe una afectación a su legitimidad y acarrea riesgos reales en materia de veracidad de la información recibida. En el tema de legitimidad, el análisis de costos beneficios y realizado con motivo del estudio de la figura del agente encubierto es aplicable al método investigativo que nos ocupa, en razón que la situación es muy similar a la que se presenta en la mencionada figura; con la sola precisión, de que los problemas de legitimidad son menores porque no conllevan una actuación engañosa y no existen riesgos que afecten la integridad de los funcionarios policiales como si ocurría en el caso del agente encubierto.

En cuanto a los riesgos de falsas delaciones, es cierto que existe la posibilidad de un testimonio irreal o sesgado, pero debe quedar claro que este riesgo se presenta con todo testigo, por tanto, el problema de la figura debe considerarse como un factor que influye en un aumento en las posibilidades de su presencia. Además, se debe recordar que el estándar probatorio exigido en materia penal es que quepa una duda razonable, en tal virtud, para conseguir una sentencia condenatoria se requerirá de pruebas adicionales que corroboren lo anotado, por tanto, el sistema judicial cuenta con el blindaje necesario como para que este riesgo no acarree problemas reales.

5.1.4 Perspectivas futuras

En el futuro inmediato en Ecuador se impone una revisión integral de las operaciones encubiertas y una discusión profunda referida a su vigencia en la criminalidad económica. Hay indicios de que esta necesidad comienza a ser patente en la realidad nacional, por ejemplo, en este momento en el conjunto de reformas presentado por el Ministerio de Justicia fruto de la preocupación social que existe por el aumento en el sicariato, se incluye ya la introducción de la figura del agente encubierto.

La sola introducción de estas figuras de por si no es suficiente, se debe tener presente que no pasan de ser herramientas, pero la efectividad social que consigan, depende del uso que hagan los actores en este caso los órganos de persecución criminal –Fiscalía y Policía Judicial-. Existen diversas experiencias exitosas en el ámbito internacional y en nuestro propio país que muestran su potencial, por ello, si la institucionalidad ecuatoriana hace un uso comprometido con los intereses sociales, hay razones para pensar que pueden incidir en el curso que ha tomado la expansión de la delincuencia económica en nuestro país.

5.2 Sanciones penales por vías provistas de menores garantías

Uno de los temas críticos para el futuro del desarrollo jurídico nacional, es la necesidad de crear un espacio profundo para discutir los márgenes que como sociedad vamos a utilizar para diferenciar las distintas ramas del derecho. Lejos de ser un tema de purismo jurídico o de mero desarrollo conceptual, conlleva profundas repercusiones en materia de derechos para los involucrados –sociedad y ciudadanos-, en razón de que de cada materia, está diseñada para afrontar un tipo diverso de conflicto, otorgar una respuesta jurídica diferenciada y, estos elementos obligan a configurar en un trámite

propio con distintos niveles de garantías.²⁰ Una simple enumeración de un par de garantías procesales que encontramos en materia penal y que no son aplicables a la materia civil o administrativa, sirve para reflejar la repercusión práctica de esta estrategia, en nuestro país son propias del sistema penal, por ejemplo, la presencia en materia penal de la institución del control de mérito que se realiza en la etapa intermedia y que le permite al juez determinar si el caso debe o no llegar a juicio,; de igual manera la en materia probatoria la exigencia de superar la duda razonable.

La especificidad del trato otorgado a la criminalidad económica, consiste en valerse de estas fronteras difusas, para conseguir introducir sanciones que tradicionalmente han sido consideradas como penales, mediante procedimientos propios de otras materias jurídicas- administrativa y civil-, con el fin de conseguir procedimientos más sencillos y ágiles, con niveles menos altos de exigencia probatoria y en general de garantías.

5.2.1 Sanciones penales establecidas por vía administrativa

El enfoque adecuado para diferenciar la materia penal y administrativa, conlleva retrotraerse a la estructura misma de un estado democrático y la división de funciones. En el modelo de pesos y contrapesos diseñado, el administrar justicia le está confiado a la función judicial; dentro de esta esfera desde luego va incluida el área más delicada: la punitiva. A pesar de reconocerse el carácter judicial de la atribución sancionatoria, las sociedades a medida que han alcanzado niveles de complejidad y acelerado su funcionamiento, han debido reconocer la necesidad de conferir cierta facultad punitiva a la función ejecutiva; en razón de que esta instancia estatal, al tener a su cargo la labor administrativa del estado, se halla en un contacto directo con los problemas e infracciones que a diario se suscitan, y por ello, se encuentra en una situación privilegiada para conseguir una aplicación efectiva y ágil de ciertas sanciones

²⁰ (H. Hernandez, 2005, p. 111-142).

indispensable para la adecuada marcha del andamiaje social. Por ejemplo hoy en día, en casi cualquier parte del mundo, los policías imponen por vía administrativa ciertas sanciones en materia de tránsito –ej. a vehículos mal estacionados- y en general esta práctica se acepta como legítima. La facultad sancionatoria que se otorga a la Función Ejecutiva, tiene el carácter de delegada, es por este motivo, que es un principio aceptado que toda sanción administrativa puede ser impugnada en vía judicial.²¹

El nuevo marco constitucional resulta poco claro en este tema, en razón de que incluso en un mismo artículo es contradictorio respecto a la posibilidad de que se pueda o no imponer sanciones por vía administrativa, si se toma de manera aislada el inciso “k” del numeral 7 del artículo 76, se puede sostener que hoy en día la facultad sancionatoria se concentra solo en la función judicial; pero, si se observa en ese mismo artículo los numerales 1, 2, 3 y 6 y, el literal “l” del numeral 7, queda claro que admiten de manera expresa la imposición de sanciones administrativas. A pesar de tratarse de un tema que por su trascendencia demanda un análisis interpretativo más profundo, en razón del espacio disponible y el objetivo del presente análisis, basta anotar que en virtud de una interpretación sistemática del contexto constitucional y de la utilización de los métodos de proporcionalidad y ponderación–art. 3 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional-, sostenemos que la interpretación más adecuada, es que existe la posibilidad de imponer sanciones vía administrativa, pero sin que esto implique la pérdida del derecho a ser juzgado por un juez competente.

El presente análisis requiere de una precisión previa, en el Ecuador existe la tendencia a diferenciar la materia penal, en razón de si la respuesta jurídica es o no la privación de la libertad; pero, esta visión reduccionista se debe a una distorsión propia de nuestra legislación, generada por la vigencia de un Código Penal de inspiración

²¹ (H. Hernandez, 2005, p. 125-142).

napoleónica que hoy resulta obsoleto. De hecho, por mandato constitucional la materia penal debería incluir un abanico amplio de respuestas, e incluso, de manera explícita la carta magna otorga la calidad de prioritarias a todas las sanciones no privativas de la libertad -numeral 11 del artículo 77-.

La sola legalidad de la figura no basta para justificar su legalidad, por ello es necesario un breve estudio sobre la conveniencia de utilizar esta estrategia. Para efectos de potenciar la perspectiva funcional del enfoque ecléctico elegido dentro de este artículo, el análisis partirá de un ejemplo gráfico: el debate que en estos días se desarrolla sobre la vía para imponer sanciones en las contravenciones en tránsito.²² Cuando la Asamblea Constituyente expidió la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, primó un criterio purista donde una sanción solo puede ser consecuencia de una resolución judicial. Luego de dos años la sociedad ecuatoriana de la manera más costosa llegó a comprender, por qué razón en el derecho comparado se ha impuesto de manera casi absoluta la tendencia a aceptar la posibilidad de que se apliquen sanciones por vía administrativa. El haber adoptado una visión exclusivamente pensada en cual postura en abstracto favorece más a los derechos del presunto infractor, y desentenderse de cualquier preocupación por la posibilidad práctica de que el modelo pueda ser implantado, ha llevado a que en este lapso de tiempo se genere un atasco de 840.000 causas rezagadas.²³ La falta de efectividad del sistema para dar respuestas a la ciudadanía, ha llegado a extremos tales que hoy en día la materia contravencional de tránsito es sinónimo de impunidad, siendo imperioso no perder de vista que, no existe

²² Este artículo se escribe en septiembre de 2010.

²³ Cifra otorgada por la Comisión del Desarrollo Productivo y Microempresa que en este momento, es encargada de tramitar el proyecto de reformas a este cuerpo legal. Reforma cuyo principal punto es volver a aplicar las sanciones por vía administrativa, como respuesta al nivel de caos e impunidad sin precedentes generado por esta ley.

un estado más victimógeno y propicio para la violación de los derechos humanos, como una realidad social donde en la práctica no existe justicia.²⁴

Para comprender, el nivel de divorcio entre el esquema funcional y la realidad, basta pensar en el funcionamiento diario del sistema contravencional en materia de tránsito en la ciudad de Quito, una cifra conservadora ubica en 300 contravenciones diarias el número de infracciones que la policía reporta,²⁵ para que no se produzca un atasco funcional, se requeriría que de promedio la función judicial tenga la capacidad de evacuar igual número de causas, dado que el procedimiento elegido fue en extremo ágil y solo demandaba una audiencia,²⁶ se requeriría que la función judicial de esta ciudad realice el mismo número de las mencionadas diligencias de juzgamiento. Pero si se toma como referente cuantas audiencias en materia penal logra realizar un tribunal al día en la ciudad de Quito, resulta que de acuerdo con el estudio empírico más actualizado, apenas se llega a efectuar 0.21 audiencias diarias,²⁷ en tal sentido si cada juez alcanza la misma productividad que un tribunal penal, se requerirían 1428 jueces de tránsito para esta ciudad. Es cierto que los tribunales penales tienen serios problemas de eficiencia, pero así se logre el doble o triple de efectividad, y por tanto la necesidad de jueces disminuya en similar proporción, la cifra sigue siendo inmanejable porque en ningún caso rebajaría de 400 juzgados de contravenciones para la materia de tránsito.

²⁴ Ralph Dahrendorf, *Ley y Orden*, Madrid, civitas, 1994, p. 13-58.

²⁵ A pesar de haber recurrido a instancias oficiales no se ha conseguido información oficial, la cifra ha sido tomada sobre la base de las apreciaciones más conservadoras de los actores, de hecho hubieron quienes calcularon en 3 veces más.

²⁶ Existen estudios que revelan que el sistema oral para resolver temas sencillos similares al que nos ocupa logra ser varias veces más efectivo que el sistema escrito. Por ejemplo cuando se introdujo por primera vez el sistema de audiencias en la ciudad de Cuenca para la prisión preventiva, quedó en evidencia la diferencia radical, mientras en Cuenca paso a tomar el trámite 19 horas de promedio, con el sistema escrito en Cuenca el trámite duraba 1 día con 7 horas, en Guayaquil 10 días con 13 horas y en Quito 23 días con 23 horas. Diego Zalamea, *Reporte del estado del prisión preventiva en Ecuador*, en Prisión Preventiva y reforma Procesal Penal en América Latina, Santiago, CEJA, 2009, p. 303.

²⁷ Diego Zalamea y Sandra Cordero, *Segunda Evaluación del Sistema Penal*, Fondo Justicia y Sociedad fundación Esquel – Usaid, Quito, 2006.

La etiqueta sanciones sirve para agrupar una gama tan variada de respuestas jurídicas, que en la práctica van desde una simple amonestación verbal hasta una privación de libertad de 35 años. En este contexto, el ejemplo demuestra que igual o más peligroso que un proceso carente de garantías, resulta un trámite que en la práctica es inejecutable con los recursos disponibles; por ello, es que resulta necesario encontrar un justo equilibrio, entre la naturaleza del conflicto, la vía escogida y la respuesta jurídica otorgada y, dentro de las alternativas posibles parece adecuado optar por trámites administrativos ágiles.

El admitir la legitimidad de la imposición de sanciones por vía administrativa, no implica que se acepte cualquier uso como legítimo, de hecho, existe un límite importante que viene determinado por el principio de proporcionalidad. Para los derechos de la persona procesada resulta trascendente este equilibrio, en razón de que por ejemplo resultaría inaceptable que se aplique como sanción la privación de libertad mediante una simple decisión de una autoridad administrativa. A pesar de que hoy en día en contra de un mandato constitucional expreso, la materia contravencional penal por ejemplo sigue confiada a funcionarios dependientes del ejecutivo. Incluso, un examen más minucioso del tema, lleva a reconocer que dentro de cada una de las materias se requiere un trámite diverso de acuerdo a la intensidad de la infracción, por ejemplo en materia administrativa una sanción como la cancelación de un funcionario requiere un trámite complejo rodeado de garantías como el sumario administrativo, pero ¿el inmovilizar un vehículo por haber aparcado en un lugar no destinado para el efecto requerirá un trámite de similar naturaleza?; igual ocurre en materia civil y penal donde en la última época se han aceptado juicios rápidos para casos que requieren menores garantías.

Un debate que resulta trascendente para el presente estudio, es la diferenciación de infracciones administrativas de las que deben impuestas por vía penal. A pesar de que al ser un tema de difícil valoración debido a que se requiere sopesar tanto la naturaleza de la sanción como la graduación de la misma y de que se debe reconocer, que no existe un criterio diferenciador con validez general pero, si se ha llegado a imponer una cierta tendencia de aceptar que hay sanciones que deben ser reservadas a la materia penal, entre ellas están la privación de libertad, el decomiso de bienes, la clausura de locales y la multa cuando su magnitud claramente supera la proporcionalidad frente al daño causado o llega a una suma muy alta.²⁸

La peculiaridad de la criminalidad económica, es que en una serie de normas especiales, se nota la tendencia a incorporar este tipo de sanciones mediante trámites administrativos, con la finalidad de elevar la efectividad de la persecución criminal. Un claro ejemplo de esta estrategia, se encuentra en la materia tributaria, donde en la disposición general séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas se establece la naturaleza administrativa de las sanciones de clausura e incautación definitiva. Incluso, en ocasiones se aprovecha de este trámite especial para de manera adicional conseguir un trato de excepción que limita o anula otras garantías; por ejemplo, en materia de clausura en materia tributaria en la disposición citada en el párrafo anterior, cuando la no entrega de facturas se descubre en flagrancia se establece que será aplicada de manera inmediata, factor que limita el derecho a la defensa y el debido proceso en especial el derecho de apelar de la sanción.

²⁸ Los límites son difusos, por ejemplo cuando un ciudadano se pasa un peaje sin pagar, se sube a un metro evadiendo el pago del ticket o estaciona un vehículo en una zona tarifada sin el pago de la tasa correspondiente, en el mundo entero las multas suelen superar en decenas de veces el monto evadido, sin embargo resulta claro que el cobro de este monto es legítimo, porque en general no alcanzan sumas que justifiquen un trámite penal.

5.2.2 Sanciones penales establecidas por vía civil

En materia civil esta estrategia se ha diversificado y se ha valido de dos vertientes distintas: la primera, relacionada con la imposición de sanciones de carácter penal por procedimientos para juzgar conflictos en esta materia; y la segunda, se basa en la imposición de sanciones penales a través de un trámite diseñado para resolver medidas cautelares.

El ejemplo paradigmático de la utilización de la primera vía anotada, se encuentra plasmado en la Ley de propiedad intelectual, donde por ejemplo, se imponen mediante vía verbal sumaria sanciones pecuniarias que llegan hasta cinco veces el monto del daño causado -Artículo 304 en relación con el 297- y esta suma conlleva una cuantía realmente significativa.²⁹ Realidad que entra en franca contraposición con la lógica tradicional en nuestro país, debido que la filosofía tradicional ha limitar las consecuencias jurídicas de la materia civil a la reparación del daño causado, sin que se contemple la posibilidad de imposición de sanciones.³⁰

En esta propia ley, se constata la existencia de la segunda modalidad, esto es imponer sanciones como consecuencia de un trámite destinado a resolver si cabe o no la imposición de una medida cautelar. Se debe recordar que la finalidad de la medida cautelar, es alcanzar un status que haga viable la realización del juicio y la ejecución de la resolución que en él se adopte, pero en este caso concreto resulta que se toman medidas cuyos efectos son permanentes y afectan de manera directa al tema en litigio, o son de tal naturaleza que implican una limitación exagerada e innecesaria para su

²⁹ A pesar de que en principio parecería que basta con que el monto sea varias veces superior al daño causado para determinar que estamos ante una multa penal, pero, en la práctica debe constatar que llegue a una cuantía importante, en razón de que las multas de infracciones tales como pasarse un peaje sin pagar, subírsela metro sin ticket o estacionarse en una zona tarifada sin cancelar la tasa, en muchos países es motivo de multas que superan en decenas de veces el daño y al no alcanzar una cuantía que lo justifique no se tramitan por materia penal.

³⁰ Realidad que queda en evidencia en el Título XXXIII del Libro IV. A diferencia de lo que sucede por ejemplo en el mundo anglosajón, donde en la materia civil contempla la imposición de sanciones, de hecho figuras como los daños punitivos son una demostración evidente de esta lógica.

finalidad cautelar; en concreto, se hace referencia a la posibilidad que se consagra en la Ley de Propiedad Intelectual de destruir los bienes embargados o clausurar temporal el establecimiento.

5.2.3 Toma de postura ante la imposición de sanciones por trámites no penales

La utilización de materias alternativas a la penal para la imposición de sanciones, como ha quedado en evidencia con ciertos ejemplos citados, resulta necesaria en ciertos casos para garantizar un adecuado funcionamiento social y dentro de ellas sin lugar a dudas, no podría proscribirse una materia tan delicada como la criminalidad económica.

Existen ejemplos de la efectividad y legitimidad social que puede alcanzar esta estrategia, por ejemplo, si se retoma el caso analizado del SRI cuando se analizó la figura del agente encubierto, se puede constatar que en labor de las clausuras que realizan los fedatarios, tiene un rol protagónico esta herramienta, porque una sanción que debería ser penal se aplica mediante un trámite que se limita a una simple resolución de un funcionario con atribuciones delegadas por el Director del Servicio de Rentas Internas –fedatario-.³¹

La reflexión anotada, muestra la conveniencia de relativizar los cánones tradicionales y abrir un debate basado en el principio de proporcionalidad. El aceptar en principio la posibilidad de imponer sanciones por vía diversa a la penal, debe conllevar la responsabilidad de vigilar que la vía elegida guarde simetría con las garantías que se requiere en virtud a la gravedad de la sanción, porque, como es lógico pueden existir excesos y, de manera lamentable se debe anota que hay ejemplos en nuestra realidad de un uso desproporcionado e ilegítimo; como, los casos que fueron citados en materia de

³¹ Literal “g” en concordancia con el “a” de la disposición general Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas.

propiedad intelectual, al momento de graficar la imposición de sanciones mediante el trámite propio de las medidas cautelares.

Si al análisis se introduce la perspectiva constitucional, referida en esta ocasión a la esfera de las garantías que debe tener el trámite en que se imponga una sanción - administrativo o civil-, el análisis se vuelve bastante más complejo, en razón que el artículo 76 impone un mismo estándar para cualquier trámite donde se determine un derecho. Desde esta perspectiva, saltan a la vista una serie de exigencias que en la práctica harían no viable esta estrategia o incluso hasta menos efectiva que el trámite penal; en razón de que el solo cumplimiento de las exigencias del numeral 7, implican que se debería instaurar trámites que representen verdaderos juicios; por ejemplo, significaría mantener más o menos intacto el caos que existe en tránsito o echar abajo la principal herramienta que ha sustentado la política tributaria, porque para juzgar estas infracciones en el área administrativa, se requeriría crear espacios donde el procesado pueda preparar su defensa, practicar prueba, interrogar a los testigos, etc.; por tanto, la tramitación en vía administrativa, implicaría verdaderos juicios paralelos muy similares a los que realiza la función judicial; desde luego con todos los costos en materia de recursos y celeridad que fueron descritos y que en su momento llevaron a concluir en su inaplicabilidad. Pero la situación aun se pone peor, si se considera que en los ejemplos citados, al tratarse de vía administrativa, a este juzgamiento inicial por mandato del artículo 176 de la Constitución, le debería seguir una apelación en vía administrativa y todo el trámite contencioso administrativo en la esfera judicial, resulte que la imposición de una multa o una simple amonestación verbal acarrearía un trámite que con facilidad superaría los cinco años.

Nuestra postura es que la Constitución tuvo un grave problema de estructura, optó por un modelo de regulación extensiva y, al fijar principios procesales rígidos para

una realidad en extremo diversa, configuró un trámite tipo que impide una buena cantidad de conflictos cruciales para el funcionamiento social no tengan una vía idónea para su tramitación. Este escenario a nuestro entender le coloca a la sociedad ecuatoriana en una encrucijada donde básicamente le quedan tres alternativas, la primera reformar la Constitución, opción adecuada desde el punto de vista jurídico pero con muy pocas opciones de hacerse realidad. La segunda, violar las disposiciones constitucionales, como parece que en pocos meses va a hacerlo la Asamblea Nacional y el Presidente, porque todo parece indicar que por ejemplo la reforma en tránsito en unos meses será una realidad; por justicia se debe advertir que esta actitud no solo se percibe en estas dos esferas, de hecho son patentes en buena parte de la institucionalidad nacional, donde a diario se violentan los mandatos del numeral 7 del artículo 76, en materias tales como, el cobro de multas por no pago de servicios básicos, el tema impositivo y en general la totalidad de la administración pública en la faceta de manejo de personal. O por último, sacrificar el funcionamiento social, a causa de consagrar un respeto sacramental a normas que en vez de ser una herramienta de convivencia, se convierten en una traba para el desenvolvimiento social.

5.2.4 Perspectivas futuras de la estrategia de materias alternativas

Lo que hoy sucede en la reforma que se discute en la materia de tránsito y, la tolerancia demostrada por la institucionalidad estatal y la sociedad ecuatoriana en su conjunto frente a procedimientos no compatibles a la normativa constitucional, llevan a pensar que los problemas de constitucionalidad, no serán un obstáculo real para que en el mediano plazo esta estrategia goce de buena salud e incluso, es probable que se profundice. Es más, se debe advertir que existen otras aristas de esta estrategia que en un par de décadas es muy probable que entre al debate nacional, por ejemplo, vista la

tendencia internacional y el influjo creciente que el sistema jurídico de la *comon law* ejerce en nuestra subregión, pensamos que hay tres herramientas cuyo potencial en materia de efectividad, las convierte en firmes candidatas para convertirse en las rutas de ampliación de la aplicación de sanciones por vía civil.

La primera hace referencia a la extinción de dominio,³² figura que ha conseguido ya colarse en países que ejercen un fuerte influjo sobre nuestra doctrina penal, como son España y Colombia. En nuestro país ya se dio el primer intento de poner en vigencia esta polémica figura, pero no prosperó en su trámite por una decisión de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Constituyente.³³ Pero, creemos que existen factores que tiende a configurar un escenario propicio para su incorporación; por ejemplo, no se puede pasar por alto, lo inmanejable que se vuelve el que el estado reciba una y otra vez el escarnio público, cuando tiene que devolver cuantiosos patrimonios a personas vinculadas con la criminalidad organizada, porque a pesar de existir en la consciencia colectiva la convicción de su responsabilidad, en juicios que tardan años no se logra superar la duda razonable. Este problema de ilegitimidad, sumado a la tendencia internacional y a la ansiedad creciente en nuestra sociedad por potenciar la persecución de estas formas de criminalidad, nos hace pensar que es posible que se revea este rechazo inicial.

La segunda figura, consiste en crear trámites diversos y autónomos, destinados a la consecución de la sanción penal y de la reparación de daños y perjuicios. Es creciente la consciencia de que la prejudicialidad penal en materia de daños ha llevado a que países como el nuestro, consagren trámites tan largos y complejos que en la práctica, eliminan las posibilidades de que una víctima consiga una reparación luego de agotar de

³² Los mayores problemas de legitimidad de esta figura no son fruto de independizar la consecuencia patrimonial de la vía penal, sino que lleva implícita el enriquecimiento ilícito, tipo penal que rompe con los parámetros tradicionales de nuestro derecho penal.

³³ El proyecto presentado por el Asambleísta Cesar Rodríguez, mediante oficio número 078-I-VP-CLF-AN-2009 de fecha de 08 de enero de 2009.

manera sucesiva el trámite penal y civil. La prejudicialidad penal que por años ha sido un pilar de nuestra tradición jurídica, hoy en día hay serios indicios de que de manera acelerada se bate en retirada, por razones de espacio solo referimos tres indicios. Un golpe decisivo, recibió en la reforma al Código de Procedimiento Penal de Marzo del 2009, en el artículo 309 se agregó un numeral quinto donde se introdujo como requisito de la sentencia, la determinación de daños y perjuicios a pesar de que nos exista acusación particular; el esquema funcional que implanta esta norma, implica que a pesar de no haberse derogado las normas legales que consagran la prejudicialidad en materia penal, de manera tácita cierra la puerta para su aplicación. La segunda ruptura, se produjo en el tema de reclamaciones de daños contra el estado por la deficiente prestación de servicios públicos, ya que por mandato constitucional y jurisprudencia obligatoria, se ha establecido la procedencia por cuerda separada de la acción civil para efectos de resarcirlos.³⁴ Por último, la propia Constitución consagra en su artículo 54 una tercera ruptura, cuando al tratar sobre los derechos del consumidor de manera expresa, regula de forma independiente la responsabilidad civil y penal.

El desmoronamiento de la prejudicialidad penal en materia de daños, crea un escenario favorable para la recepción de un trámite autónomo para que en cualquier conflicto penal se pueda utilizar indistintamente o de forma complementaria las vías civil y penal. Esta opción procesal tiene un potencial considerable para impedir que empresas criminales consigan quedarse con los beneficios de su actividad ilegítima, en concreto enfrenta el problema de la elevada exigencia probatoria en materia penal y lo complejo que se vuelve un trámite con un robusto blindaje de garantías, mediante la

³⁴ Casos tales como: Salcedo contra CONELEC - EMELEC, Sala de lo contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Número 217-08, 11 de julio 2008. Andrade contra EMELMANABI – CONELEC, Sala de lo contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Número 168-2007, 11 de abril 2007.

posibilidad de que por cuerda separada las víctimas puedan conseguir una reparación civil.

Otra figura que ha dado buenos resultados en casos de criminalidad de empresas, sobre todo en juicios de reparaciones, es la de los daños punitivos. En razón de que es un hecho constatado nacional e internacionalmente, que los poderosos utilizan el litigio de mala fe y en especial la prolongación desmesurada de los casos en el tiempo, como herramienta para conseguir la impunidad. Una figura que penaliza de manera drástica el litigio desleal, parece tener coherencia y potencial para efectos de limitar su uso. En países como Estados Unidos o Inglaterra se ha visto la efectividad de otorgar al el juzgador la facultad de en la propia sentencia civil, imponer una punición severa al uso de estratagemas dilatorias y litigio temerario. Un conjunto de sentencias fuertes en casos paradigmáticos, ha mostrado ser capaz de provocar cambios culturales en materia de responsabilidad empresarial y lealtad procesal con la justicia.

Para concluir, la criminalidad económica es un tema que no puede ser descuidado por más tiempo en nuestro país y, las herramientas procesales parecen ser una de las pocas respuestas efectivas que los estados tienen a su alcance para combatirla. En razón de la facilidad que se cometan excesos en esta área y, el problema que representa la ineficacia estatal para combatirla, resulta imperioso redimensionar la relevancia que le hemos otorgado a este conjunto de instrumentos en el debate académico actual, en razón de que la falta de reflexión nos puede llevar a extremos tan tortuosos como, gestar una justicia de excepción claramente ilegítima o, permitir que el Ecuador siga por derroteros que han transitado países de la subregión como Colombia, México y Jamaica o, incluso lo que es más preocupante una mezcla de los dos escenarios anteriores. Por tanto, es imprescindible determinar un conjunto de instrumentos que garanticen estándares mínimos de efectividad pero, sin sacrificar el

necesario respeto a las libertades individuales; desde luego se debe dejar constancia, de que por poderosas que sean estas herramientas, no pasan de ser instrumentos y los resultados que ellas arrojen, en última instancia son responsabilidad de quienes las usemos.

Bibliografía

Abanto, Manuel, *El llamado Derecho Penal del Enemigo: Especial referencia al Derecho al Penal Económico*, en Derecho Penal del Enemigo, Madrid, Edisofer, 2006.

Denkowski, Charles, *La Protección Estatal de Conflictos Asimétricos*, en Derecho Penal del Enemigo, Madrid, Edisofer, 2006.

Echarri, Fermín y Santiago García, *Aspectos procesales de la Delincuencia Económica*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2005.

Hernandez, Héctor, *La represión de la criminalidad organizada en la República Federal de Alemania*, en Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2002.

Hernández, Hernando, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2005.

Iglesia, Miguel, *Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica: aproximación a su incidencia global*, en Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2002.

Martínez, Carlos, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Melia, Cancio, *Guerra y paz: Derecho Penal del enemigo y el modelo de potestad policial del Derecho Penal estadounidense*, en Derecho Penal del Enemigo, Madrid, Edisofer, 2006.

Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en el Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Sferlazza, Ottavio, *Proceso Acusatorio Oral y Delincuencia Organizada*, México D. F., Fontamara, 2005.

Trillo, Jesús, *Delitos económicos*, Madrid, Dykinson, 2008.