

UNIVERSIDAD DE OTAVALO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

TRABAJO DE TITULACIÓN

**LA COOPERACIÓN EFICAZ Y SU RELEVANCIA EN LOS
DELITOS CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO PENAL
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

CALIXTA VERÓNICA VILLACÍS UYAGUARI

TUTOR: PhD JOSÉ LUIS TERÁN

Otavalo, julio, 2022

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, **CALIXTA VERÓNICA VILLACÍS UYAGUARI**, declaro que este trabajo de titulación: **LA COOPERACIÓN EFICAZ Y SU RELEVANCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** es de mi total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional. Así mismo declaro que dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autora la responsabilidad ante las reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto.

Que de conformidad con el artículo 114 del Código Orgánico de la Economía Social, conocimientos, creatividad e innovación, concedo a favor de la Universidad de Otavalo licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra con fines académicos, conservando a mi favor los derechos de autoría según lo establece la normativa de referencia.

Se autoriza además a la Universidad de Otavalo para la digitalización de este trabajo y posterior publicación en el repositorio digital de la institución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Por lo anteriormente declarado, la Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes otorgados, por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

CALIXTA VERONICA VILLACIS
UYAGUARI

Firmado digitalmente por
CALIXTA VERONICA VILLACIS
UYAGUARI
Fecha: 2023.02.13 10:39:28
-05'00'

CALIXTA VERÓNICA VILLACÍS UYAGUARI
C.C. 1712684735

LA COOPERACIÓN EFICAZ Y SU RELEVANCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Autora:

Abg. Calixta Verónica Villacís Uyaguari

Tutor:

PhD. José Luis Terán Suárez

1. Filiación institucional

Abg. Calixta Verónica Villacís Uyaguari
Maestrante de la Universidad de Otavalo

RESUMEN

El presente artículo analizó la técnica de la cooperación eficaz y su relación en los delitos contra la eficiencia de la administración pública. Si bien se delimitó doctrina referente al tema, los operadores de justicia no toman en cuenta la importancia de esta técnica en el caso de los delitos mencionados. La metodología utilizada fue de enfoque cualitativo a partir del análisis exegético de la doctrina, la legislación pertinente y un estudio de caso. Entre los principales resultados se pudo determinar que la cooperación eficaz posee serias limitaciones en su aplicación práctica debido principalmente al factor humano y subjetivo que recae en la persona del fiscal, único llamado –de acuerdo a la legislación ecuatoriana- a determinar la relevancia de los datos obtenidos por el cooperante. Si se toma en cuenta que los delitos contra la administración pública suelen ser cometidos por organizaciones delictivas de alto nivel, que influyen hasta en las más altas esferas públicas, es muy probable que el fiscal pueda ser cooptado por dichas asociaciones. La cooperación eficaz puede convertirse en un mecanismo eficiente para desarticular estos grupos, siempre y cuando el fiscal posea herramientas claras de acción y, sobre todo, no posea la absoluta prerrogativa sobre la reducción de penas en la forma que actualmente la normativa penal ecuatoriana permite.

Palabras clave: cooperación eficaz, delitos contra la eficiencia de la administración pública, legislación penal Ecuador.

ABSTRACT

This article analyzes the technique of effective cooperation and its relationship in crimes against the efficiency of public administration. Although doctrine regarding the subject was delimited, justice operators do not take into account the importance of this technique in the case of this kind of crimes. The methodology used was a qualitative approach based on the exegetical analysis of the doctrine, the relevant legislation and a case study. Among the main results, it was determined that effective cooperation has serious limitations in its practical application due to the human and subjective factor because the prosecutor is the only one called -according to Ecuadorian legislation- to determine the relevance of the information obtained by the cooperator. Crimes against the public administration are usually committed by high-level criminal organizations with big influence even the highest public spheres, so it is probably that the prosecutor could be co-opted by said associations. Effective cooperation can become an efficient mechanism to dismantle these groups, as long as the prosecutor has transparent tools for action and, above all, it does not have the absolute prerogative to reduce sentences in the way that Ecuadorian criminal law currently allows.

Keywords: effective cooperation, crimes against the efficiency of the public administration, Ecuadorian criminal legislation.

Introducción

La cooperación eficaz es una técnica de investigación criminal introducida en el año 2014 dentro de la normativa penal ecuatoriana. Es de conocimiento general que en los últimos años se han abierto varios procesos judiciales en los cuales funcionarios públicos de alto nivel han conformado organizaciones delictivas para afectar el erario nacional. Dentro del contexto mencionado, el mecanismo de la cooperación eficaz ha sido de novel aplicación en el Ecuador y los operadores de justicia han utilizado esta técnica sobre la marcha.

Por las razones ya mencionadas, la presente investigación constituyó una oportunidad para analizar la vasta doctrina relacionada vinculada tanto a la cooperación eficaz, así como los delitos contra la eficiencia de la administración pública, puesto que más allá de los excelentes trabajos al respecto, existía muy poca literatura jurídica que vincule estas dos temáticas y analice las consecuencias de sus interrelaciones, bajo el amparo de la normativa penal vigente en Ecuador.

En la actualidad, la cooperación eficaz es utilizada en varios países, siendo su principal propósito el de desarticular las organizaciones delincuenciales, debido a que esta figura tuvo su génesis en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, llamada comúnmente “Convención de Palermo”. En tal virtud, Ecuador incluyó desde el año 2014 esta figura en su normativa penal y, por lo tanto, el análisis de la legislación fue considerado a partir del tenor literal y el espíritu del Convenio precitado.

Por otro lado, el trabajo analizó la doctrina más cercana a la temática propuesta, enfatizando los artículos de autores ecuatorianos, para citar algunos: el artículo de Cornejo Aguiar (2020) cuya obra trata acerca de los delitos contra la eficiencia de la administración pública en Ecuador, así como la obra de Cueva Carrión (2017), que viene a constituir uno de los trabajos más detallados acerca de la figura de la cooperación eficaz en el Ecuador. Finalmente, la autora del presente artículo realizó un estudio de caso acerca de un caso de cooperación eficaz conocido a nivel internacional y que involucra a una de las empresas transnacionales más polémicas de las últimas décadas: Odebrecht.

Metodología

Debido a la naturaleza de la investigación, el enfoque cualitativo permitió la interpretación y comprensión del objeto de estudio a partir del análisis exegético de la doctrina, investigación y normativa jurídica pertinente. Adicionalmente, el trabajo contiene una dimensión metodológica de carácter empírico, ya que abordó el caso específico de José Conceição Santos como punto de partida para obtener una relación entre las características de la técnica de cooperación eficaz utilizada en este caso con el componente doctrinario.

El nivel explicativo aplicado al desarrollo de la presente investigación permitió establecer relaciones de causalidad con la mayor profundidad posible. Al realizar un estudio de un caso emblemático, la tipología socio jurídica analizó si la norma jurídica se cumple en la práctica social en la cual dicha normativa se desenvuelve. Por otro lado, el método de análisis de contenido permitió desarrollar las inferencias esenciales que rodean el tema de estudio desde una interpretación apegada a criterios de objetividad científica.

De conformidad con el enfoque y tipología de la investigación las técnicas utilizadas fueron el análisis documental y su instrumento de recolección de información que constituye la ficha de análisis documental.

LA COOPERACIÓN EFICAZ Y SU RELEVANCIA EN LOS DELITOS CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA COOPERACIÓN EFICAZ

Origen de la cooperación eficaz

La cooperación eficaz nace de una necesidad apremiante por resolver los nuevos delitos que se originan en las sociedades globalizadas, aquellos relacionados con organizaciones delictivas de altísimo nivel, organización y poder económico, capaces de codearse con las más altas esferas políticas de las naciones. En el contexto mencionado, la aplicación de medidas punitivas individuales –generalmente a los mandos inferiores de la organización- no hace mella alguna en el aparataje delictivo propiamente dicho. Por tal motivo, la cooperación eficaz surge como un medio alternativo para la desarticulación de estructuras delincuenciales altamente organizadas, en donde el delator o colaborador recibe un beneficio por parte del operador de justicia (reducción de penas, protección, etc.) a cambio de información relevante que permita enfrentar a dichos grupos expresamente.

La cooperación eficaz se enmarca dentro de lo que se conoce como *derecho penal premial*, que básicamente consiste en el otorgamiento de un beneficio por parte de los operadores de justicia, tanto a los culpables de un delito que desean confesar o hacer una delación (a cambio de una reducción de la pena), así como de las personas que, sin haber cometido un delito, lo denuncian o impiden que se realice. El propósito principal del derecho penal premial consiste en liberar al derecho penal de su acción meramente punitiva a cambio de mejorar los procesos de investigación, detección y sanción de delitos:

El derecho premial, es el resultado de la renuncia que hace el Estado, al no ejercer la acción penal, al no aplicar el poder punitivo o la no aplicación de la pena en su totalidad o un porcentaje de la misma, en respuesta a la eficaz colaboración que el procesado pudiera ofrecer, respetando sus derechos particulares en relación a hacer posible el interés común: seguridad y paz para todos (Rodríguez, 2019, pág. 21).

El Derecho penal premial existe, con diversos matices, casi desde el origen mismo de la administración de justicia; sin embargo, se pueden apreciar dos circunstancias muy diferentes dentro de este campo: por un lado, la recompensa ofrecida por el operador de justicia hacia quien colabora pero no está involucrado en un ilícito y, por otro lado, el beneficio hacia el sujeto que, habiendo cometido un delito, colabora con la justicia para la prevención o descubrimiento de delitos adicionales o más graves. En el primer caso, es interesante resaltar el caso del Código de Hammurabi, uno de los textos legales más antiguos de los que se tiene conocimiento, en donde se manifiesta: “Art. 17: Si un hombre captura en el campo a un esclavo o esclava fugitivos y los lleva a su amo, el amo le dará dos siclos de plata”. Otro ejemplo se encuentra en el Art. 26:

Si un soldado de leva o un militar que recibe orden de ir a una campaña del rey, no va, o contrata a un mercenario para que vaya en su lugar, ese soldado -o ese militar- será ejecutado; el que lo denuncie se quedará con su patrimonio. (Código de Hammurabi).

Como se puede apreciar, existe una recompensa para quien denuncie un delito, pero es importante mencionar que en el Código de Hammurabi no existe rebaja de pena por

confesión o delación, las penas son estrictamente aplicadas bajo la famosa “Ley del Tali3n”, parte de la 3poca arcaica del derecho.

Enfocando la investigaci3n en cuanto a la confesi3n o delaci3n a cambio de ciertas indulgencias, el derecho can3nico desarrollado en la Alta Edad Media (Siglo V a XII aproximadamente) es digno de resaltar, porque a trav3s del Tribunal del Santo Oficio, fue muy com3n el uso de una “negociaci3n” entre el inquisidor y el acusado, por medio del cual este 3ltimo se “beneficia” al delatar a otros y asumir su culpa, a cambio de evitar las crueles torturas a las que pod3an ser sometidos. De todas formas, en este periodo hist3rico, el hecho de que a una persona se le abra un proceso de investigaci3n ya implicaba, por s3 mismo, la “existencia” de una infracci3n. La colaboraci3n o delaci3n del sujeto imputado en este panorama era b3sicamente una necesidad de conservaci3n, por encima de cualquier acto de “misericordia”. Si bien es claro que estos beneficios no constitu3an sino un eufemismo para un sistema cruel y violento, se pueden notar atisbos de lo que, en otras circunstancias mucho m3s favorables, constituir3 la base de una “cooperaci3n eficaz” propiamente dicha.

Con el aparecimiento formal de los estados modernos en el Siglo XVIII, surgen varios pensadores que acent3an todav3a m3s el an3lisis del derecho penal y su aplicaci3n. Autores como Cesare de Beccaria en 1764 (*El Tratado de los delitos y las penas*) y posteriormente Jherem3as Bentham en 1811 (*Teor3a de las recompensas*) manifiestan su inter3s acerca de un sistema legal que recompense acciones que prevengan o castiguen el delito de mejor manera. Si bien Beccaria se enfoca en la recompensa hacia quienes denuncian un delito, niega rotundamente cualquier recompensa a delatores o c3mplices, lo que es rechazado por Bentham, pero a partir de concienzudas reflexiones que lo hagan factible y, sobre todo, provechoso para la mayor3a de la sociedad. La evoluci3n de la cooperaci3n eficaz a partir de este punto, a rasgos muy generales, otorga un giro importante en el siglo XVIII, cuando se desarrolla la Revoluci3n Francesa. En este periodo hist3rico se toma en cuenta la figura del cooperador 3nicamente en los delitos que afecten la seguridad del Estado, puesto que la afectaci3n al mismo se considera el bien jur3dico protegido m3s relevante para ese momento hist3rico.

En definitiva, la implementaci3n de la cooperaci3n eficaz dentro de los cuerpos normativos es considerada parte del derecho moderno y como tal, regulada oficialmente, tal y como lo afirma Benavides, Crespo y Sol3 (2021). Esta inclusi3n surge a partir de la d3cada de 1970, gran parte de pa3ses europeos empiezan a viabilizar mecanismos de cooperaci3n eficaz en respuesta a las pr3cticas terroristas que surg3an con m3s vehemencia, sobre todo por el contexto de la Guerra Fr3a y descolonizaci3n¹, lo que dio motivo al origen de grupos radicales y cada vez m3s organizados que llevaron a cabo acciones criminales y sangrientas de alta repercusi3n medi3tica. En la actualidad, la cooperaci3n eficaz como herramienta auxiliar del derecho penal todav3a se encuentra en proceso de aplicaci3n y evaluaci3n en la mayor3a de legislaciones alrededor del mundo; sin embargo, la constante evoluci3n de las organizaciones delictivas deja muy en claro la necesidad de ampliar mecanismos que, m3s all3 de la detenci3n o sanci3n a individuos, permitan la desarticulaci3n de este tipo de agrupaciones de car3cter criminal.

¹ Durante la Guerra Fr3a, los poderes hegem3nicos de Estados Unidos y Rusia, de manera frontal o velada apoyaron a grupos nacionalistas que defend3an cierta postura ideol3gica conveniente para sus intereses.

Definición de cooperación eficaz en la actualidad

Los tratadistas coinciden en señalar a la cooperación eficaz como parte del derecho penal premial, ya definido anteriormente. Como lo afirma Cueva Carrión (2017), la cooperación eficaz es: “la actividad negocial del fiscal que la lleva a cabo mediante el trueque de información por un premio; entre nosotros, el premio es la reducción de la pena”. Por otro lado, Rocha (2019), citando a Velásquez (2017), manifiesta:

El procedimiento de colaboración eficaz es un procedimiento especial penal mediante el cual una persona que aún no ha sido investigada, un imputado, un procesado o condenado decide acogerse a los beneficios por delación a cambio de proporcionar datos relevantes al Ministerio Público para identificar a los miembros de organizaciones criminales, autores de delitos de especial gravedad o brindar información acerca del destino de los bienes y ganancias generados por delito. Es preciso que el acuerdo o negociación con el Ministerio Público sea aprobado por el órgano jurisdiccional (homologación) y que los datos proporcionados por el delator sean corroborados con otros elementos probatorios de cargo (Rocha, 2019, pág. 23)

Como se puede apreciar, la cooperación eficaz forma parte del derecho penal premial, pero con sus particularidades específicas, tanto en relación con la persona que se acoge a la misma, así como al tipo de beneficio que los operadores de justicia esperan recibir. De la misma forma, es importante señalar que el término “cooperación eficaz” suele ser reemplazado por distintos autores y legislaciones, que utilizan palabras como “colaboración eficaz”, “delación premiada” o “criterio de oportunidad” como sinónimos de la colaboración eficaz, aunque cabe aclarar que estos términos también pueden contener diferentes significados y alcances.

Es importante señalar que las legislaciones de cada país, al momento de elaborar su normativa específica al respecto de la cooperación eficaz, le han otorgado características peculiares. No obstante, en términos generales, la dogmática penal coincide en definir a la cooperación eficaz sobre la base de ciertas características comunes, que serán desarrolladas a continuación:

a. Que la persona colaboradora posea la calidad de imputado vinculado a un delito, usualmente vinculado a una organización criminal.

En primer lugar, el individuo que decide acceder a beneficios luego de haber cometido un delito suele ser nombrado de diferentes maneras, tanto por autores y legislaciones penales, aunque todos se refieren al mismo sujeto: arrepentido, delator, colaborador, cooperador, etc.

En la gran mayoría de los casos, existe una relación indisoluble entre la colaboración eficaz y las organizaciones criminales, la llamada delincuencia organizada. Si bien existe una concepción más o menos clara de lo que implica este tipo de agrupaciones, no será sino hasta el año 1929 en que John Landesco emplee el término “delincuencia organizada” para “designar a las organizaciones delictivas provenientes de la mafia” (Toledo y Urbina, 2018, pág. 6). En la década de los años 80 y 90 se empieza a concebir la naturaleza internacional de estas organizaciones, fortalecidas por la revolución tecnológica y la globalización. En este contexto, las organizaciones internacionales han adoptado diversas medidas de carácter transnacional para combatir la delincuencia organizada, especialmente vinculadas con “trata

de personas, tráfico de drogas, mercancías ilícitas y armas, robo a mano armada, falsificaciones y blanqueo de capitales”². (Interpol)

La relación entre cooperación eficaz y delincuencia organizada se origina a partir de las sugerencias la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (Convención de Palermo). Debido a la presión constante de este organismo a sus países miembros, así como ciertas medidas de carácter diplomático o económico tomadas por otras organizaciones internacionales, varios países realizaron adecuaciones a su aparataje penal, con la finalidad de asumir la lucha contra la delincuencia organizada a nivel internacional, pero también de cumplir con los compromisos alcanzados en las Naciones Unidas. Si bien la inclusión casi forzada de la colaboración eficaz en varias legislaciones alrededor del mundo es un tanto polémica, el objetivo propuesto es bastante claro y, sobre todo, plausible, como se explica a continuación.

A mediados del siglo XX empieza a desarrollarse una conciencia transnacional, en donde los países y las organizaciones internacionales verifican el nuevo panorama criminal mundial y las poderosas herramientas tecnológicas, económicas y globales con las que cuenta. Las organizaciones delictivas se han organizado de tal manera, que tejen redes y asociaciones incluso con los círculos policiales y políticos de más alto nivel. Visto de este modo, estas agrupaciones cuentan incluso con capacidad de soportar daños colaterales, lo que incluye muchas veces el decomiso de cargamentos de droga e incluso la detención de personas vinculadas a la organización. En este último sentido, la simple aplicación del derecho penal punitivo no hace mella alguna en la organización delictiva propiamente dicha. Si bien las personas detenidas suelen ser miembros de baja jerarquía dentro de la empresa criminal, el conocimiento por parte de los operadores de justicia acerca de la estructura organizacional del grupo delictivo conllevaría en sí mismo mucho más valor investigativo y resultados, tanto a nivel jurídico y sobre todo social (desarticulación de una organización delictiva) que una mera sanción punitiva individual. En este estado de cosas, la cooperación eficaz se permite un criterio de “impunidad” mínima frente a los resultados que podría obtener de la interrelación con el acusado.

A modo de ejemplo, se puede citar la legislación penal de Guatemala, que acoge la cooperación eficaz en sus normas penales desde el año 2006, en donde:

La figura del colaborador eficaz en la persecución penal, como parte del derecho penal premial, es utilizado, en procesos instruidos contra grupos delincuenciales organizados, atendiendo según el Ministerio Público, como ente del Estado, responsable de la persecución penal, los niveles de poder económico y coercitivo que conservan estos grupos, el poder de operar y la capacidad de movilización y la complejidad que representa la reconstrucción de la verdad histórica de todos los hechos cometidos por ellos, durante el tiempo y contexto donde operaron (Hernández Hichos, 2021, págs. 122,123)

Cabe resaltar también que, más allá de la generalidad de esta relación, existe la excepción en el caso de ciertas legislaciones en donde la delación premiada no se vincula necesariamente con un grupo de delincuencia organizada, como por ejemplo el caso de España, en donde el artículo 426 del Código Penal Español ofrece condiciones de colaboración eficaz a quienes delaten a funcionarios públicos:

² Interpol (s.f.). *Delincuencia Organizada*. Recuperado de <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-organizada>

Artículo 426: Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos (España, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)

Tal y como queda manifiesto en la norma penal citada, el denunciante no es un simple colaborador con la justicia, sino que constituye una persona que ya ha cometido un ilícito (cohecho). En tal virtud, es una persona jurídicamente *imputable* pero con la única particularidad de que su delito no ha sido perseguido ni conocido por la autoridad todavía. Doctrinariamente, se suele diferenciar entre el colaborador y el informante, puesto que este último puede entregar información sobre una organización delictiva, sin pertenecer a la misma y sin haber cometido delito alguno. En el caso de la normativa española, la delación no es una colaboración de un tercero ajeno al acto delictivo en sí, sino que proviene de un involucrado en el mismo hecho típico, lo que convierte a este accionar en cooperación eficaz, aunque con distintos matices y finalidad.

En otro caso, el Código Nacional de Procedimientos Penales de México, reconoce a la cooperación eficaz dentro de su normativa, pero bajo el término y definición de “criterio de oportunidad”³:

Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad. -

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

(...) V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio. (México, Código Nacional de procedimientos penales, marzo de 2014)

Como se puede observar, el llamado “criterio de oportunidad” mexicano se ajusta adecuadamente a la cooperación eficaz e incluye en su aplicación el único requerimiento de que el delito sobre el cual verse la colaboración sea más grave que el imputado al sujeto, lo que implica que la herramienta no versa únicamente sobre los delitos contra la Delincuencia organizada. En criterio de la autora de la investigación, estas particularidades surgen debido a que la colaboración eficaz tiene una antigua data, tal y como ya se había indicado en páginas

³ Usualmente, el criterio de oportunidad responde doctrinariamente a la abstención o disminución de la pena del imputado siempre y cuando se trate de delitos menores, se haya reparado los daños ocasionados a la víctima o se trate de la llamada “pena natural”, por medio de la cual un sujeto imputable recibe, por su propia acción delictiva un daño o sufrimiento importante.

anteriores, lo que implica que muchas legislaciones decidieron incluir esta técnica de investigación sin necesidad de una presión externa transnacional.

b. El colaborador debe entregar información completa y no parcial, además de tratarse de información significativa, que conlleve la identificación de personas o el secuestro de cosas.

Queda muy claro que el objetivo último de la cooperación eficaz consiste en el desmantelamiento de la organización criminal, que implica la detención y sanción de sus miembros, así como la recuperación de la mayor cantidad de bienes sustraídos o en el caso de legislaciones diversas, que la información pertinente conlleve a la detección y juzgamientos de delitos mucho más graves. Es importante resaltar esta característica de la cooperación en tanto debe existir una motivación lo suficientemente concreta para que los operadores de justicia limiten el ejercicio de su poder sancionatorio.

De acuerdo a Benavides, Crespo y Solá (2021) existen varios principios que regulan la correcta aplicación de la cooperación eficaz, entendiendo a los mismos como “directrices que sustenten, den razón o fundamenten la ejecución de la cooperación eficaz” (pág. 9). Entre otros mencionados, se trata acerca de la eficacia, misma que “tiene relación con las normas jurídicas que regulan a esta institución, las cuales permitan que el procesado colabore en la investigación de manera adecuada, para obtener elementos probatorios relevantes en el proceso penal” (Op. Cit. pág. 10). Es de vital importancia definir lo que implica la relevancia de una contribución del delator, puesto que de ello dependerá el componente ético frente a la sociedad de esta institución, en donde el imputado tiene una reducción o sobreseimiento aceptado por la justicia. Una cooperación “eficaz” que conlleve a detenciones de sujetos de nivel jerárquico inferior dentro de la organización criminal podría no necesariamente convertirse en una información “relevante”, al menos en cuanto al objetivo principal sobre el cual se fundamenta la cooperación, que tiene que ver con la *desarticulación* de la organización por sobre todas las cosas. Del mismo modo, la incautación de material ilícito o secuestro de bienes también podría considerarse “relevante”, pero quizás estos elementos ya forman parte de los daños colaterales que la organización criminal está dispuesta a aceptar.

Dentro de este mismo aspecto, es importante resaltar el papel de quien será la persona u organización que deberá tomar una decisión en cuanto al nivel de relevancia de la cooperación eficaz, circunstancia que depende principalmente de la manera en que la cooperación eficaz haya sido redactada, discutida y practicada en las legislaciones penales de cada país. Es muy importante tomar en cuenta el criterio de Pachay (2020)

Los aportes del cooperador eficaz, deben ser sometidos a comprobación por parte del Ministerio Público, siempre dentro del marco de las normas constitucionales y procesales para que funjan como pruebas lícitas y ostenten plena validez. Recordando que, la declaración no exonera de la carga al Fiscal, quien debe actuar dentro del campo ético-jurídico al momento de ponderar los beneficios para el cooperador eficaz (Pachay, 2020, pág. 121)

Es necesario recalcar que la información obtenida, como indica el autor precitado, debe ser sometida a comprobación por parte del Ministerio Público, lo que implica necesariamente una cantidad de tiempo y recursos para que se obtengan datos procesalmente válidos. Por ese motivo, dentro de la cooperación eficaz, es de vital importancia que el arrepentido otorgue la información completa, de tal modo que los resultados sean asequibles,

puesto que de nada serviría información que a fin de cuentas no pueda ser utilizada en un juzgado debido a la caducidad de plazos o a la imposibilidad real de acciones concretas debido a falta de recursos logísticos por parte de los operadores de justicia.

Con la finalidad de que los resultados de las investigaciones sean precisos y eficientes, es importante que cumplan con todos los requisitos y garantías constitucionales necesarios. Hay que resaltar el papel de la legislación peruana, que incluyó en su normativa el “Reglamento del Decreto Legislativo No. 1301, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz”. El cuerpo legal citado contiene elementos muy valiosos de procedimientos en cuanto a la cooperación eficaz antes, durante y después de la delación del colaborador.

Por un lado, la legislación peruana contenida en el citado reglamento, detalla el contenido del acuerdo entre el operador de justicia y el colaborador, además de tomar en cuenta un procedimiento en el cual la fiscalía deberá motivar legalmente la pertinencia o no de la colaboración, una vez que se haya corroborado la información obtenida de parte del delator. Existe un procedimiento para una variada cantidad de escenarios que podrían suscitarse, tal es el caso de la desestimación de la colaboración, la cantidad de beneficios a las que se puede acoger el colaborador, así como la precisión de la situación jurídica del imputado en cuanto al delito del cual se le acusa.

Tal como lo manifiesta Rodríguez (2019), la colaboración eficaz en Perú “se desarrolla en un proceso especial, autónomo y diferente al proceso penal principal” (pág. 43), y contiene varias fases: la fase de verificación (artículos 4 a 10 del Reglamento 1301), en donde el delator deberá cumplir con requisitos formales para la solicitud de un procedimiento de colaboración eficaz y Fiscalía decide acogerla en base a lo suministrado hasta el momento. Posteriormente, viene la etapa de la corroboración (artículos 11 a 21, Reglamento 1301) en donde Fiscalía realiza todas las diligencias de investigación necesarias para determinar la veracidad de la información suministrada por el imputado, y en donde se aplican todas las prevenciones necesarias para mantener la confidencialidad de la investigación y sobre todo, precautelar la seguridad del delator.

Solamente cuando se termina la fase de corroboración, el Fiscal considerará el paso a la siguiente fase, denominada de “celebración del acuerdo” (artículos 22 a 25). Ahí se procede a negociar el alcance de los beneficios que podrá obtener el colaborador, tomando en cuenta la importancia de la información obtenida. Como en el caso de muchos países latinoamericanos, la desarticulación de estructuras delincuenciales organizadas constituye uno de los principales objetivos de la cooperación eficaz en Perú, y las recompensas al delator se otorgan en base a este referente.

Firmado el convenio preparatorio, viene uno de los puntos más llamativos y esenciales de la legislación peruana: la fase de control y decisión jurisdiccional, en donde toda la información recabada junto al acuerdo consensuado entre fiscalía e imputado son estudiados por el juez penal competente, quien determinará la legalidad de los procedimientos, la adecuada relación entre los resultados obtenidos y el beneficio otorgado al acusado. El juez deberá otorgar una decisión judicial aprobando el acuerdo, proponer observaciones al mismo para que sean subsanadas por el fiscal o simplemente desaprobando el acuerdo, de manera motivada.

La legislación peruana ofrece un claro ejemplo de la manera en que la colaboración eficaz debe ser tramitada, tomando en cuenta sobre todo el criterio de relevancia sobre el cual ha versado el presente análisis, puesto que la presencia de un control a las actuaciones del fiscal y un procedimiento concreto respecto a cada fase de la colaboración eficaz evidencian un mayor apego a las normas constitucionales en relación con la aplicación práctica de la institución estudiada.

c. La cooperación eficaz implica la reducción o exención de una pena

El elemento más álgido de la cooperación eficaz radica en el beneficio que se otorga al imputado de un delito. Esta particularidad es bastante discutida en el mundo académico, pues presupone la fragilidad del estado frente a la delincuencia:

La figura de la delación premiada o cooperación eficaz, como la denomina la norma penal ecuatoriana, a pesar de ser un instrumento eficiente para obtener evidencia en procesos penales, no encuentra un ambiente pacífico respecto a su aplicabilidad, dado que para cierta parte de la doctrina, es una práctica inmoral que viola la lealtad y los principios constitucionales, y se cuestiona la necesidad del Estado para utilizar las negociaciones con los delincuentes, brindándoles beneficios a cambio de su ayuda (Zaquinaula, 2020)

La discusión doctrinaria acerca del componente moral y ético que presupone la negociación con una persona que ha cometido un acto penado por la ley tiene una antigua data. Beccaria, citado por Bentham ya manifestaba hace varios siglos que “La ley muestra la debilidad suya implorando el socorro de aquel mismo que la ofende” (Bentham, 1826, pág. 146). Tal como lo menciona Rodríguez (2019), el fundamento mismo de la cooperación eficaz surge del arrepentimiento de aquel que ha cometido un delito. En tal virtud, cuesta mucho concebir el que una persona ya imputada y con opciones muy limitadas (sanción o colaboración) pueda realmente considerarse “arrepentida” de sus actos, puesto que su “cooperación” se podría entender más bien como un último provecho que le permitirá obtener impunidad por sus actos:

La idea de negociar con uno de los autores del hecho y pagar en moneda de impunidad la información que pudiera tener sobre otros responsables –hay que decirlo– es una derivación directa de la crisis por la cual atraviesa la justicia penal de todo el mundo en relación con una de sus funciones básicas: la reconstrucción, lo más fiel posible, del hecho histórico (Rusconi, 2018, pág. 11)

Más allá que el autor del texto citado entiende la imposibilidad de la verdad absoluta en el derecho penal, también reconoce la importancia de lo que él llama el *relato* de un imputado, y advierte seriamente sobre la necesidad de contextualizar de manera muy detallada y clara su confesión dentro de la investigación, puesto que es muy probable que el acusado solamente quiera acceder a beneficios y haga todo lo posible por lograrlo, tomando en cuenta que ya se atrevió previamente a ofender a la sociedad por medio de sus actos ilícitos. En este mismo sentido Benavides, Crespo y Solá (2021) citan a Ferrajoli, indicando justamente los reparos del maestro italiano en cuanto a la cooperación eficaz, sobre todo en cuanto a la corriente finalista penal –que se encuentra vigente en la legislación ecuatoriana– y en donde la negociación entre el procesado y la fiscalía para la reducción de la pena “deja de lado la verdad procesal o material, que es lo que se busca en el proceso penal” (pág. 8).

En el mismo orden de ideas se pronuncia Pérez Ceto (2000) cuando señala las intenciones oprobiosas del colaborador quien “entregará a sus cómplices no porque se arrepienta de nada sino sólo para conseguir un alivio de su situación frente a ley, ni mostrará escrúpulos que evidencien al cometer el delito en cuya investigación luego colaborará” (pág. 148). Por todos estos antecedentes, ambos autores citados coinciden en la excepcionalidad de la figura de la cooperación eficaz dentro de la investigación penal, en donde la información deberá ser corroborada y se podría añadir que los delitos perseguidos sean únicamente aquellos que impliquen un serio riesgo social, tales como la delincuencia organizada. Hay que tomar en cuenta que esta herramienta no puede ser utilizada de forma indistinta en todos los tipos de delitos, puesto que su funcionalidad y naturaleza ser vería seriamente afectada. A este respecto, se manifiestan Benavides, Crespo y Solá (2021), la cooperación eficaz:

Generalmente, se utiliza esta técnica (cooperación eficaz) para la investigación de delitos cometidos por organizaciones criminales internacionales, ya que por el manejo, estructura, o modus operandi que ejercen dichas organizaciones, resulta un deber complejo el llegar a obtener informaciones relevantes para investigarlas y sancionarlas (pág. 5)

Si bien los postulados en contra de la cooperación eficaz son bastante claros y se encuentran fundamentados en la tutela jurídica que debe sostener a un estado de derecho, también es cierto que la ciencia penal debe adaptarse a las nuevas circunstancias sociales. Dentro de este continuo proceso de evolución del derecho, es importante tomar en cuenta el equilibrio que debe existir entre la negociación de una pena y los resultados que se obtengan de aquello, para evitar la percepción social de la impunidad, entendida como “la ausencia de sanción frente a una acción ilegal” (Vásquez, 2021, pág. 434). Cabe destacar que el mismo autor sostiene que América Latina es la región con mayor percepción de impunidad en el mundo y en este sentido algunos países ya empiezan a implementar en su reglamentación penal aspectos mucho más claros y precisos sobre la manera en que cooperación eficaz deberá ser implementada para evitar el abuso de esta herramienta del derecho penal contemporáneo.

Diferencias entre atenuante trascendental y cooperación eficaz

Una vez establecida la caracterización de la cooperación eficaz desde el enfoque dogmático, cabe resaltar que tanto autores como legislaciones utilizan diversos términos para referirse a la misma técnica de cooperación eficaz, así como a sus elementos constitutivos. La falta de acuerdos generales para referirse a esta técnica de investigación suele conllevar a la confusión de la misma con otras figuras jurídicas de antigua data, tales como la atenuante trascendental. Por este motivo, se esclarecen a continuación sus diferencias y similitudes.

En primer lugar, es entendible que los dos elementos analizados puedan ser confundidos, principalmente porque ambos pertenecen al llamado derecho penal premial: a fin de cuentas, el reo obtiene la reducción o atenuación de su pena a cambio de otorgar información, pero si se analiza con un poco más de cuidado, las diferencias son evidentes. El Art. 46 del COIP establece ciertos requisitos para que esta figura pueda ser aplicada:

Art. 46.- Atenuante trascendental.- A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que corresponda, siempre que no existan circunstancias agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción

En concordancia, el Art. 47 del mismo cuerpo legal, en su numeral 5, establece como una circunstancia agravante el cometimiento del ilícito con la participación de dos o más personas. Como ya se había analizado anteriormente, la unilateralidad está totalmente alejada del objetivo último de la cooperación eficaz, que es el de desarticular asociaciones criminales y en donde el cooperador formó parte activa del mismo. En tal virtud, si bien la figura de la atenuante trascendental se encamina al suministro de datos para la reparación o disminución del daño provocado por el delito, solamente puede ser aplicada para casos en los cuales el infractor haya cometido delitos de carácter individual.

Más allá de esta diferencia sustancial entre cooperación eficaz y atenuante trascendental, existen otros detalles que confirman su campo de acción diferenciado, por ejemplo, en el carácter transaccional de la cooperación eficaz, que requiere un acuerdo previo y firmado por el operador de justicia y el procesado, situación que no sucede igual con la atenuante trascendental, que es propuesta de manera unilateral hacia el juez que sigue la causa. En este último aspecto, el papel del fiscal y del juez son tan sustancialmente diferentes: mientras el fiscal requiere datos para potenciar el proceso, a tal punto que el acuerdo se maneja con absoluta confidencialidad, el juez tiene como objetivo la reparación del delito cometido y la aplicación de la atenuante es motivada de manera pública frente a las partes involucradas.

La cooperación eficaz en el Ecuador desde el año 2014

El Código Orgánico Integral Penal, (COIP, de ahora en adelante) publicado en febrero del 2014, incluye una actualización acerca de varios aspectos dogmáticos surgidos a partir de la necesidad de ajustar la normativa a convenios y tratados internacionales, especialmente la Convención de Palermo⁴ y los mecanismos de lucha contra la corrupción sugeridos por el Grupo de Acción Financiera para América Latina (GAFILAT). En el contexto mencionado, se institucionaliza la cooperación eficaz como técnica de investigación.

De acuerdo al artículo 491 del cuerpo legal mencionado:

Se entenderá por cooperación eficaz el acuerdo de suministro de datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables o sirvan para prevenir, neutralizar o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad.

De la misma forma, la legislación vigente hace mención de un trámite para la aplicación de este instrumento:

Artículo 492.- Trámite de la cooperación eficaz. - La o el fiscal deberá expresar en su acusación si la cooperación prestada por el procesado ha sido eficaz a los fines señalados en el artículo anterior.

La reducción de la pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes generales que concurran de acuerdo con las reglas generales. La pena no podrá exceder los términos del acuerdo.

⁴ Oficialmente “Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos” (2004).

Como se puede observar, el operador judicial con atribuciones para solicitar un proceso de cooperación eficaz es únicamente el fiscal. Adicionalmente, se entiende que durante el proceso de instrucción fiscal el acusado proporciona la información detallada en el precitado artículo 491, el fiscal analiza dicha información, investiga y obtiene elementos suficientes de convicción acerca del ilícito delatado por el cooperante. La exposición del cumplimiento de los requisitos de la cooperación eficaz la realizará durante la audiencia preparatoria de juicio (dictamen fiscal acusatorio), conforme señala el Art. 604 del COIP.

La normativa también previene el aspecto de los beneficios a los que puede acceder el cooperador eficaz. El Art. 493 limita la reducción de la sanción hasta en un máximo de veinte por ciento de la pena atribuible al delito en que se encuentra vinculado el cooperante. Además, si el caso es de “alta relevancia social” o conduce al procesamiento de los cabecillas de una organización delictiva, la pena puede reducirse hasta en un diez por ciento. Finalmente:

El delator, al servir a los fines útiles del procesamiento penal no tiene la calidad de víctima, pero se trata con toda propiedad de “otro participante” dentro del proceso penal y por ello, desde la perspectiva de la Convención de Palermo, requiere ser protegido mediante: a) Su inserción en el Sistema de protección de asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso (arts. 445-447 COIP) b) La dictación, en lo que fuere pertinente, de medidas de protección dispuestas a su favor conforme el artículo 558 COIP en relación con el art. 3 de la Convención de Palermo (Tixi Torres, Navarro, Et. Al. Pág. 777)

Existen varios reparos acerca de la manera en que la cooperación eficaz se encuentra concebida dentro de la normativa penal ecuatoriana, pero en el marco de la investigación realizada, se toman en cuenta algunos aspectos. En primer lugar, es evidente que la cooperación eficaz conserva en su esencia el objetivo último de prevenir y sancionar a la delincuencia organizada, lo que se puede colegir a partir de la excepción en el límite máximo de reducción de penas antes indicado. Sin embargo, existe apertura para que la cooperación eficaz pueda ser aplicada en cualquier delito, con la única condición de que el mismo sea más grave que el atribuido al cooperador. Esta situación ha originado solicitudes de cooperación eficaz no aceptados, tal y como lo indican los precitados autores.:

Pese a que la CE (cooperación eficaz) es una técnica especial de investigación propia de la DO (delincuencia organizada) y la asociación ilícita, la FGE (Fiscalía General del Estado) la ha aplicado indistintamente en tipos penales fuera de este ámbito, lo que tampoco ha sido cuidadosamente controlado por los órganos jurisdiccionales. (Torres, Navarro, Et. Al. Pág. 783)

Dentro de esta misma línea de pensamiento, se puede afirmar que, en muchos casos, la cooperación eficaz deja de lado a la víctima del ilícito, quien no puede objetar ni solicitar la correspondiente *vindicta pública* de la cual es legítimamente beneficiario. El fiscal será quien determine el cumplimiento de los requisitos de la cooperación eficaz, sobre todo en cuanto a la *relevancia* de la información. ¿Para qué le servirá a una víctima de robo la desarticulación de una banda delictiva si no recupera sus bienes sustraídos? ¿Será relevante la aprehensión del autor intelectual de un asesinato y la disminución y hasta *protección* del criminal que asesina a sangre fría a una persona? El papel de la víctima de un delito frente a la aplicación de la técnica de cooperación eficaz pasa a ser la de un simple –e *impotente*– observador frente a las decisiones personales de un solo operador de justicia.

Otro factor muy importante dentro de la realidad judicial del país tiene que ver con la reducida cantidad de tiempo que posee el fiscal para determinar tanto los elementos de convicción del delito atribuible al imputado, así como aquellos indicios que permitirán procesar otros delitos más graves y acusar a muchas más personas, sobre todo si se trata de desenmarañar una red de delincuencia organizada. Tal y como lo indica el Juez Miguel Vásquez, en entrevista a Andrade y Castillo (2020), el proceso de cooperación eficaz:

debería establecerse hasta la conclusión de la instrucción fiscal, desde un punto lógico, porque si das datos importantes que pueden ser relevantes, como vas a investigarlos si ya no tienes momento, para poderlo investigar. (pág. 11)

Estos y otros puntos serán tratados con más profundidad, luego del análisis del tipo de delitos que se analizan en la presente investigación; es decir, los delitos contra la Eficiencia de la Administración pública.

Es importante reconocer que la legislación penal en el Ecuador fue modificada debido a la presión de organizaciones internacionales que avizoraron la necesidad de cierta cohesión internacional en la lucha contra el crimen organizado⁵, a partir de la unificación de definiciones (delincuencia organizada, delitos transnacionales, blanqueo de dinero), así como a la inclusión de nuevas instituciones penales y técnicas de investigación, siendo la cooperación eficaz una de ellas. De la forma en que se originó este proceso es entendible que la normativa no fue suficientemente analizada, sobre todo en el aspecto práctico de su aplicación.

LOS DELITOS CONTRA LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A lo largo de la historia han existido diversas maneras de efectuar el control de los funcionarios públicos o de quienes administran fondos o recursos provenientes de un grupo sociales, sobre todo cuando no existían realmente estados constitucionales y el poder político se concentraba en una sola persona (monarca). Al respecto, Cornejo (2020) indica que, en el tiempo de las monarquías, el control a los funcionarios bajo el dominio del Rey se realizaba bajo los preceptos del derecho privado. Esta afirmación tiene mucho sentido, debido a que en ese entonces, el Rey era el único propietario del bien común y la afectación de dichos bienes concernía a la única preocupación del monarca; no obstante, hay que reconocer que durante este periodo se crearon de forma paulatina instituciones dedicadas al control de los funcionarios que administraban recursos de la Corona, y que serán también aplicados en años posteriores.

En virtud de antedicho, es evidente que la aparición de los estados constitucionales de derechos logró una modificación de la manera en que los delitos contra el erario público

⁵ “No será sino hasta el año 1998 cuando el GAFI, junto a sus organismos regionales (GAFILAT, para la región de Latinoamérica) empiezan a trabajar para que sus recomendaciones sean cumplidas a nivel mundial, y desde 1999 “una de sus prioridades fue la identificación de jurisdicciones y territorios no cooperantes con la finalidad de proteger el sistema financiero mundial” (Solano, 2019, pág. 61) Para lograr sus objetivos, realizan un análisis de los sistemas financieros de cada país con sus respectivas legislaciones y desde el año 2000, empiezan a publicar de forma anual una lista de países “no cooperantes” del sistema financiero mundial; es decir, aquellos países en donde no se cumplen, o se cumplen de manera parcial las recomendaciones emitidas por el organismo indicado. Esta medida se suma a otros mecanismos de presión para que los países incluyan mejoras en sus sistemas financieros” Villacís (2021, pág. 20)

fueron enfrentados, existiendo una diferenciación entre aquellos actos que se enmarcan dentro de una legislación penal y otros que son conocidos y sancionados desde un área administrativa. José Sebastián Cornejo (2020) manifiesta:

Consecuentemente, y con el avance y tipificación de estas conductas consideradas como delitos, es necesario distinguir cuando interviene el Derecho Penal en este ámbito, ya que sobre la ordenación y control de las distintas funciones públicas inciden también otras ramas del Derecho, fundamentalmente el Derecho Administrativo, por ello se hace indispensable delimitar cuales son las conductas que serán sancionadas por el Derecho Penal y cuáles no, ya que en virtud del principio “non bis in ídem”, una misma conducta no podrá ser sancionada dos veces (pág. 256)

En la actualidad, el derecho administrativo ha evolucionado hasta convertirse en una importante rama de la ciencia jurídica, con su propio campo de acción y características muy peculiares. El reparo que realiza el autor citado acerca de la doble sanción a una misma conducta dentro de la administración pública ya ha sido analizado y debatido durante varios años, logrando en muchos casos encontrar puntos de equilibrio tanto dogmáticos como jurisprudenciales al respecto, en donde los funcionarios públicos comprenden la naturaleza misma de su importante labor. Más allá de estas salvedades, Cornejo otorga una pulcra y completa definición de lo que implican un Delito contra la administración pública:

Es aquel que comete una persona investida o no de un cargo dentro de la administración pública, en contra de un sujeto abstracto conformado por el conjunto de instituciones centralizadas, descentralizadas o autónomas que tienen funciones de interés general, regidas por la ley y limitadas por esta, cuyo funcionamiento se financia con fondos provenientes de los recursos que se captan a través de tributos de las personas que se encuentran dentro de su territorio y que tiene por objeto principal la consecución del bien común, que es la administración pública (Cornejo, 2020, pág. 266)

La corrupción en la administración de los recursos de públicos –rama que compete al derecho penal específicamente-, ha generado una percepción generalizada de repudio. Gracias a la revolución digital y el acceso a la información, los ciudadanos presencian abrumados las más viles y despreciables formas de absorber los pingües recursos del erario público de parte de aquellos que fueron escogidos justamente para evitar estos atropellos.

La sociedad no resiste más. La avalancha mediática inunda diariamente a los ciudadanos con noticias de sobrepagos, sobornos, peculados y un sinnúmero de actos execrables tanto de personas como instituciones antaño respetables. La confianza se extingue poco a poco y se genera un ambiente social de incertidumbre y desesperanza. La situación indicada, junto con la nueva forma de organización delincriminal transnacional, con fuerte influencia dentro del poder político y administrativo de los estados, fue la que ha generado una nueva visión en cuanto a los delitos contra la administración pública, fundada en la lucha contra la corrupción.

En tales circunstancias, es importante conocer la manera en que el legislador implementó en la normativa penal este tipo de delitos, para poder identificar de mejor manera la relevancia de la cooperación eficaz en la prevención y sanción de quienes cometen este tipo de actos.

A partir de la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el año 2008, se ratifica la necesidad de que los funcionarios públicos demuestren “capacidad, honestidad

y eficiencia” (Art. 120) a tal punto que, para conseguir de aquellos la mejor predisposición, el artículo 121 del cuerpo normativo dictamina la imprescriptibilidad del peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, delitos que tienen como factor común el abuso de bienes públicos por parte de aquellos a quienes se les confiaron dichos recursos. Son varios los autores que consideran que dicha prerrogativa es “excesiva”, sobre todo si se la compara con delitos como el asesinato en donde “se aplican mayores penas pero menores plazos de prescripción tanto para la acción como para la ejecución de la pena” (Vásquez, Et. Al, pág. 222).

En consideración de la autora del presente trabajo, los delitos que afectan a los bienes estatales ocasionan efectivamente un grave daño social, pero se considera improbable que la imprescriptibilidad afecte sustancialmente la modificación de la conducta ilícita. Por otro lado, la confianza ciudadana en este tipo de delitos se ve ligada a la recuperación eficaz de los recursos sustraídos, situación que desde la expedición de la norma ha sido bastante penosa e inoperante. Si se quiere recuperar la confianza en las instituciones jurídico-penales, es necesario revisar a conciencia los mecanismos que permitan determinar con claridad el perjuicio y, sobre todo, los medios para recuperarlos⁶.

Características principales de los Delitos contra la eficiencia de la Administración Pública

Por su propia naturaleza, los Delitos contra la eficiencia de la Administración Pública son complejos, y tal como lo afirma Moína (2019), son “pluriofensivos” debido a que:

Afectan a varios bienes jurídicos, pues si una conducta afecta la correcta marcha de la administración pública, no solo se afecta al Estado como tal, sino a todos sus habitantes, ya sea en forma directa o indirecta; por cuanto con el abuso o distracción de los recursos económicos estatales se dejan de cumplir con las obras programadas en cada entidad (Moína, 2019, pág. 42).

La autora citada sostiene que este tipo de ilícitos afectan de diversas formas la eficiencia de la administración pública, no solo en su componente crematístico directo (distracción de recursos públicos) sino también en cuanto a la cualidad de corrupción que afecta la imagen internacional del país, en donde se desmotiva la inversión extranjera y, por ende, se pierden recursos de manera indirecta. Es por este motivo que se deben analizar todos los mecanismos de control, investigación criminal y sanción de este tipo de actos.

Dentro de la sección correspondiente a los delitos ya mencionados, el COIP desarrolla a partir del artículo 278 la tipificación de varios casos en los cuales el Estado es el ofendido. Es justamente a partir de la lectura de estas normas donde se infiere una primera diferenciación: los delitos cometidos por funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones y responsabilidades, tales como cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, entre otros y por otro lado, los delitos y contravenciones cometidos por personas jurídicas o naturales en contra de funcionarios o instituciones que atentan contra la eficiencia de la Administración (ataque

⁶ En el mes de enero de 2019, la Secretaria Anticorrupción manifestó que entre el año 2007 y 2017, se habían malversado entre 30 y 70 mil millones de dólares (<https://n9.cl/9pjnf>) ¿Cuánto de ese dinero supuestamente desfalcado se ha podido recuperar? ¿Acaso existen los crímenes perfectos o la cifra es irreal?

y resistencia, ruptura de sellos, usurpación de funciones públicas, etc.) En concordancia con el propósito de la investigación, se examinará solamente el primer grupo de tipos penales.

El primer aspecto que surge a partir del análisis de este tipo de ilícitos tiene que ver con el sujeto activo del mismo. Tal y como se reconoce en el ámbito del derecho penal, el sujeto activo es la persona (o grupo de personas, en el caso de la responsabilidad penal de la persona jurídica) que comete el ilícito tipificado en la norma penal. En el caso específico de los delitos que se analizan, uno de las cualidades que debe poseer el sujeto activo del delito constituye el ejercicio de funciones públicas. La Constitución del Ecuador señala en su artículo 233:

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.

Si bien podría parecer que solamente los funcionarios públicos son sujetos activos de los delitos, el Código Integral Penal también incluye, de manera muy acertada, una sanción similar a la del sujeto activo (funcionario público) a las personas o grupos de personas que se benefician de alguna manera con los actos ilícitos cometidos por el funcionario público. A modo de ejemplo, el artículo 278 del COIP, en su párrafo ocho, establece:

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, **aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.** (negrillas de la autora)

Es importante resaltar el tema indicado, ya que este tipo de ilícitos casi siempre comprometen a funcionarios públicos como a personas naturales y jurídicas de derecho privado. Era importante, en tal virtud, que se reconozca su participación y que sus acciones también sean objeto de control y sanción.

Titularidad

Desde tiempos inmemoriales, la potestad de ejercer una acción punitiva le corresponde al Estado (o en el origen de la sociedad, al grupo organizado políticamente para la regulación y administración del grupo). Con esta prerrogativa, se evitó la barbarie de la venganza personal y se intentó otorgar un proceso más justo y objetivo a los sindicados. ¿Qué papel juega la titularidad en los delitos contra la eficiencia de la administración pública, cuando quien es ofendido directamente constituye aquel a quien le corresponde el juzgamiento?

Tal y como lo menciona López Jara (2018), los funcionarios públicos y aquellos que manejen recursos provenientes del Estado, deben someterse a principios establecidos en la Constitución del Ecuador: “eficacia, eficiencia, calidad, transparencia y evaluación” (pág. 144). La misma autora sostiene que, una vez analizado el desarrollo histórico de la auditoría pública y privada, para la prevención de delitos contra la eficiencia de la administración pública, es importante contar con una entidad técnica que posea las credenciales suficientes en la vigilancia del buen uso de los recursos públicos. Esta entidad es la Contraloría General del Estado:

Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos. (2008, Constitución del Ecuador)

La Función de Transparencia y control social constituye una de las principales funciones del Estado. La Contraloría General forma parte importante de esta función, siendo de esta manera el primer filtro que verifica el cumplimiento de parte de los funcionarios públicos en el desempeño de sus labores. Como se puede observar, el Estado toma muy en cuenta el manejo de los fondos públicos, a tal punto que ejerce labores no solo punitivas sino de control constante.

En la gran mayoría de los casos, una vez que la Contraloría ha detectado una irregularidad, suele emitir informes de determinación de responsabilidades, los cuales son de tres clases:

1. Responsabilidad administrativa
2. Responsabilidad civil
3. Informe de indicios de responsabilidad penal

Como se mencionaba anteriormente, la Contraloría General del Estado es un organismo técnico, cuyos informes suponen un análisis concienzudo y detallado del accionar de los funcionarios públicos. Hasta el año 2019, el informe de indicios de responsabilidad penal era un requerimiento obligatorio para que la Fiscalía pueda iniciar un proceso penal por delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, fundamentado en el artículo 581 del COIP. Sin embargo, la Corte Constitucional decidió declarar inconstitucional esta norma, con lo cual la Fiscalía puede iniciar un proceso por los delitos indicados sin necesidad de informe previo.

Al tenor de lo mencionado, al ser el Estado ofendido y persecutor de los mismos hechos (titular de la acción punitiva), el papel del control previo es imprescindible para garantizar el debido proceso a los funcionarios públicos. La omisión del requisito de informe previo de la Contraloría General del Estado podría coadyuvar a la ejecución de un proceso penal mucho más eficiente, pero también implica que la Fiscalía debería poseer un conocimiento al menos similar al de la Contraloría General, para evitar que se inicien procesos que puedan contener omisiones o errores que podrían generar impunidad o afectar la honra de los buenos servidores públicos.

Bien Jurídico protegido

Delgado Gil (2020) hace un análisis acerca del bien jurídico protegido en el caso de los delitos contra la eficiencia de la administración pública. El autor sostiene, a partir del análisis comparado con otras legislaciones latinoamericanas, que en Ecuador sí existe una definición bastante clara acerca de lo que implica la administración pública, tomando en cuenta que sería muy complicado realizar la tipificación de un delito contra un ente que no posea unas características concretas y detalladas. Uno de los principales reparos que logra encontrar tiene que ver con la inclusión de la palabra “eficacia” en la definición de los delitos que se persiguen, pues la Constitución enumera otros principios igual de importantes y fundamentales acerca de la administración pública:

La Constitución realiza una enumeración mucho más amplia de los principios generales que habrán de observarse por los servidores públicos en el ejercicio de su actividad administrativa. En este sentido, y teniendo en cuenta el conjunto de ellos, quizá las rúbricas de las mencionadas Secciones Tercera y Cuarta debieran abarcar en la medida de la posible todos los principios por los que ha de regirse la administración pública. Así, las rúbricas podrían ser, precisamente: Delitos o contravenciones, respectivamente, “contra los principios por los que se rige la administración pública”, haciendo referencia, por tanto, a todos los previstos en la Constitución sin especial esfuerzo en la interpretación. En definitiva, el bien jurídico protegido en el conjunto de los delitos allí recogidos aludiría a los principios básicos que han de tenerse en cuenta en el desarrollo de la actividad administrativa (Delgado Gil, 2020, pág. 60)

Es importante resaltar que el objeto del presente trabajo se enfoca, como ya indicé previamente, solamente en un tipo de delitos contra la administración, a saber, los delitos en los cuales los funcionarios públicos forman parte y administran bienes o recursos a ellos encomendados. La eficiencia de la administración pública se entenderá, de esta forma, como el conjunto de acciones que permiten accionar de manera eficaz, con calidad y transparencia al estado en el desempeño de sus obligaciones y responsabilidades en virtud de los bienes a ellos confiados.

Implicaciones de la lucha contra la impunidad en base al bien jurídico protegido de los delitos contra la eficiencia de la administración pública.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, la cooperación eficaz tiene su origen en la evolución del derecho penal internacional y sus objetivos son claros y contundentes: lograr la desarticulación de organizaciones delictivas de alto nivel. De la misma forma, es evidente que estas organizaciones tienden sus redes y llegan a formar asociaciones con funcionarios e incluso organismos públicos en su totalidad. ¿Cómo evitar que aquel bien jurídico protegido (la *eficiencia* de la Administración Pública) sea violentado y cuál sería el papel de la cooperación eficaz en este sentido?

En tratándose de uno de los principios esenciales de todo ordenamiento jurídico, esto es, la lucha contra la impunidad, es interesante tomar en cuenta la reflexión que hace varias décadas sostenía el maestro Santiago Mir, quien consideraba que la efectividad de la pena se suele evaluar a partir la cantidad de personas (o asociación de personas, en este caso) que vuelven a delinquir. Si existen delitos que son detectados, procesados y castigados, valdría suponer que el procesado aprendió de su experiencia y no cometerá el mismo delito. Si se relacionan estos postulados con la situación actual del juzgamiento de los delitos contra la Administración pública, se observa una situación muy peculiar: los individuos son procesados y sancionados, pero la afectación a la administración pública sigue sucediendo, debido a que la persecución a individuos no hace mella alguna en la organización delictiva.

En relación a lo mencionado, el mismo autor sostiene la respuesta a esta situación peculiar:

La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus éxitos, y éstos han de buscarse entre los que no han delinquido y tal vez lo hubiesen hecho de no concurrir la amenaza de la pena, como lo demuestra el aumento de la delincuencia en momentos de caos político, cuando el Estado pierde el control del orden público. Piénsese en épocas de guerras

y revoluciones o viceversa, cuando el Estado viene a garantizar la impunidad de ciertos delitos” (Mir, 2003, pág. 100)

Si bien es cierto que en el Ecuador no existen al momento guerras o revoluciones, situaciones que, a decir del autor citado, impiden el control estatal sobre los ciudadanos, sí se puede afirmar que la delincuencia organizada ha logrado garantizarse la impunidad de sus actividades, a partir de las redes institucionales que ha creado con el mismo Estado. Esta circunstancia supera las reflexiones compartidas por el catedrático Mir, ya que la delincuencia organizada constituye un fenómeno actual. Por estas circunstancias, la aplicación de mecanismos que coadyuven a la desarticulación de estas intrincadas redes delictivas tiene que ser bienvenida, pero también deben ser aplicadas con mucha precaución y responsabilidad.

La cooperación eficaz en el Ecuador, sostiene todo su accionar en base al criterio de una sola persona: el fiscal. Como ya se había anotado con anterioridad, el fiscal será quien determine la *relevancia* de los aportes del sindicado:

Uno de los problemas que siempre se le discute a la delación premiada, es el peligro que supone la gran libertad que tiene la fiscalía dentro de la negociación con el posible colaborador, ya que podría conllevar a una utilización de presiones arbitrarias, y hasta el uso de la prisión preventiva, la cual, muchas veces es empleada para estigmatizar y para coaccionar a los procesados, con tal de lograr que estos, dentro de un proceso de delación premiada, acusen a terceras personas con intereses políticos o de enemistad (Zaquinaula, 2020).

Como bien lo expresa el autor precitado, el excesivo control sobre la herramienta de la cooperación eficaz que ejerce el fiscal supone varios peligros, que no se originan solamente en el uso arbitrario o hasta exagerado de dicha medida, sino que, por otro lado, también tienen un componente a todas luces evidente: si la delincuencia organizada (muchas veces transnacional) tiene cooptados a varios funcionarios públicos de altísimo nivel, es fácilmente presumible que puede corromper con cierta facilidad (a partir de amenazas o recompensas) a un solo funcionario, en cuyo caso el fiscal debería gozar de todo el apoyo institucional posible, así como de elementos que permitan transparentar el proceso de cooperación eficaz.

Dentro de su análisis sobre la impunidad, Daniel Vásquez (2021), sostiene que existen varias tipologías de la misma; sin embargo, en el contexto de la presente investigación, es interesante tomar en cuenta lo que el autor denomina “impunidad por *macrocriminalidad*”, misma que:

Está conformada por tres estructuras: empresariales, políticas y criminales, que además se tornan mucho más flexibles y difusas (...) No se requiere controlar al órgano de investigación o sanción en su totalidad, basta con tener el control de los puestos clave. Por ejemplo, una red de macrocriminalidad más grande y poderosa puede incluir entre sus miembros a gobernadores, fiscales generales o jefes de policía. Una red mucho más pequeña puede incluir solo a ciertos fiscales clave, jefes intermedios de policía o algunos jueces. En la medida que parte de la clase política pertenezca a la red de macrocriminalidad, los miembros de la red saben que pueden cometer cualquier delito con total impunidad (Vásquez, 2021, pág. 450.451)

Como es evidente, la Delincuencia Organizada se subsume al tipo de impunidad por macrocriminalidad. El origen de la cooperación eficaz se sostiene a partir de la lucha contra

este tipo de organizaciones y constituye un despropósito –voluntario o no- el hecho de que sobre la única persona del fiscal recaiga tan alta responsabilidad, sin control judicial alguno y en condiciones no suficientemente reguladas.

En el caso de los delitos contra la Administración pública, no existe una persona específica vulnerada, sino el conglomerado social. Un aspecto medular de la cooperación eficaz en el contexto de los delitos contra la Administración Pública tiene que ver con la víctima de este delito: el Estado. ¿Qué tan relevante puede ser para el Estado la aprehensión, e incluso desarticulación de una banda delictiva, si no se logran recuperar los bienes sustraídos? Al desarticular una banda delictiva, ¿se puede apreciar un mayor control del estado sobre el control del orden público? En este mismo sentido se pronuncia Estrella (2019), cuando afirma:

Es importante el esfuerzo que realiza la Fiscalía General del Estado y los ente que están a su cargo, investigadores y peritos, así como equipos de apoyo financiero; sin embargo, es necesaria la puesta en marcha de mecanismos y normas que permitan dar el último paso en la investigación y sanción de los casos de corrupción y esto es el decomiso internacional de bienes y dinero producto de estos ilícitos, así como su traspaso hacia el país para mitigar las consecuencias que producen (Estrella, 2019, págs. 50-51)

Si la delincuencia organizada presume de su poder económico para manipular y controlar a funcionarios públicos, es de suponer que el objeto principal de la cooperación eficaz debe ser la recuperación de bienes y dinero sustraído, pues eso implicaría un debilitamiento real y concreto de la organización delictiva, más allá de las penas privativas de libertad que se puedan dictar a sus integrantes⁷. Es importante que la cooperación eficaz no se desvíe de sus objetivos concretos, para que reivindique cierta inquietud y reparos que sostienen varios juristas sobre su efectividad, ya que el mal uso de esta herramienta –tanto por ignorancia, mala fe o falta de legislación clara- puede ocasionar justamente lo que trata de combatir: la impunidad:

¿Impunidad? Solo el hecho de otorgar una pena menor a la correspondiente (desproporcionalidad) implica un nivel de impunidad, que obviamente se incrementa en los supuestos en los que se concede la remisión o exención de la pena. “Se rompe de esa manera el nexo retributivo que liga la sanción a la conducta y que en virtud del principio de proporcionalidad delega en el juez la calidad y la cantidad de pena de acuerdo a la naturaleza y la gravedad del comportamiento” (Ferrajoli, 1995, citado por Benavides, Crespo y Solá (2021), pág. 18)

Como punto final, pero no menos importante, es necesario tomar en cuenta el riesgo que se asume cuando no se puede apreciar con claridad la aplicación del principio de contradicción, establecido en el Art. 76 de la Constitución, numeral 7, literal h), que manifiesta:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías (...)

⁷ Sobre el particular, basta con observar el fenómeno de las masacres penitenciarias sucedidas en el mes de noviembre de 2021 en Ecuador, originadas a partir de la existencia de una enorme red de corrupción al interior de las cárceles, en donde las cabezas de las organizaciones manejan sus negocios tanto al interior como al exterior de estos centros. La detención de los individuos simplemente implica la reunión de la banda delictiva en un sitio “seguro y controlado” para continuar con sus ilícitos.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra

El derecho de contradicción forma parte del debido proceso, mismo que otorga la debida legitimidad a un proceso y control al poder punitivo del estado. Tal como afirma Zabaleta (2017):

El derecho de contradicción probatoria hace posible que el procesado pueda defenderse en el proceso penal, ya que permite que este tenga igualdad de derechos con quien lo acusa, y le da la posibilidad de controvertir algunos aspectos de la obtención de la prueba y la valoración de la prueba, este puede controvertir u oponerse a la solicitud de prueba, se puede realizar una oposición al decreto de prueba a la práctica de prueba y a la valoración de las mismas, esto solo es posible en un espacio de bilateralidad (pág. 179)

Existe una línea muy delgada entre los procedimientos efectuados por la fiscalía para recopilar indicios que conlleven al descubrimiento de un posible delito y la violación del derecho constitucional de contradicción, debido principalmente al secreto bajo el cual el cooperador actúa, lo que potencialmente colocaría a las partes en una situación de desventaja. Nuevamente, la actuación del fiscal es fundamental para que el proceso de cooperación eficaz no violente ningún derecho de los acusados, puesto que de él depende otorgar un sustento de veracidad a los elementos que presenta el cooperador de manera testimonial, pieza clave y sustancial de la cooperación. Posteriormente, en una situación ideal, los acusados pueden acceder al principio de contradicción, no del testimonio propiamente dicho, sino de los elementos probatorios que surgieron a partir del mismo. Tomando en cuenta a la otra parte, el cooperador y sus afirmaciones deben ser tomadas como testimonios de personas procesadas en el contexto del Art. 507 del COIP, con las garantías que allí se expresan (testimonio como medio de defensa, derecho a un defensor público o privado, entre otras).

RELEVANCIA DE LA COOPERACIÓN EFICAZ A PARTIR DE UN ESTUDIO DE CASO

Descripción del caso

Uno de los casos más emblemáticos en cuanto a los delitos contra la administración pública, constituye el juicio No. 17721-2017-00222 llevado a cabo por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Dicho proceso determinó la existencia del delito de asociación ilícita de altos funcionarios del gobierno del presidente Rafael Correa Delgado. Como nota importante, cabe resaltar que este delito no constituye por sí solo un delito contra la eficiencia de la administración, sino en su relación con la presunción de la existencia de delitos vinculados. Tal como se afirma en las fojas procesales:

7.- De conformidad con lo que dispone el artículo 129.10 COFJ, presumiéndose la perpetración de los delitos de peculado, concusión, cohecho, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, lavado de activos, testaferrismo, delincuencia organizada, se dispone que se remita copias certificadas de las piezas procesales pertinentes a FGE, a fin de que realice una investigación que permita la prosecución penal correspondiente. (Sentencia 17721-2017-00222, pág. 118)

El proceso analizado se encuentra en la actualidad concluido y, por lo tanto, es de manejo público. Por ello, se da a conocer el nombre de uno de los principales procesados, el

Ing. Jorge David Glas Espinel, quien fue declarado culpable y sentenciado a seis años de prisión. Basta recordar que Jorge Glas fue vicepresidente de la República junto con varios funcionarios públicos de alto nivel. Este caso es considerado emblemático tanto por las personas involucradas en el mismo, así como por el monto supuestamente desviado de las arcas estatales.

El proceso inicia el 20 de noviembre de 2017, cuando actores particulares y la Fiscalía General del Estado, proponen el tipo de acción pública por el delito de asociación ilícita en contra de varias personas, incluyendo a Jorge Glas Espinel, quien se encontraba en ese momento ejerciendo sus funciones como vicepresidente de la República del Ecuador. El 03 de octubre se dicta el pedido de prisión preventiva en contra de Glas.

La Fiscalía General del Estado, representada en ese entonces por el Dr. Carlos Baca Mancheno, realiza la acusación del delito de asociación ilícita con fundamento en los indicios encontrados en el informe de asistencia internacional con Estados Unidos, en donde la empresa brasileña Odebrecht habría implementado un sistema de sobornos en el Ecuador. El documento manifiesta: “Alrededor del 2007 y 2016 Odebrecht realizó y ordenó pagos corruptos en más de \$33.5 millones a funcionarios de gobierno de Ecuador. Odebrecht obtuvo beneficios en más de \$116 millones como resultado de estos pagos corruptos” (Acuerdo de cooperación USA-Odebrecht, pág. 47).

Para lograr la consecución de estos objetivos ilícitos, se creó una red de funcionarios públicos de alto nivel que permitieron a Odebrecht ser beneficiaria de contratos millonarios con el estado ecuatoriano, además de que, en varios casos, las obras realizadas con defectos no eran auditadas correctamente, permitiendo la realización de construcciones de baja calidad.

El espacio temporal en que estos actos dolosos habrían sucedido corresponde al periodo comprendido entre los años 2007 a 2016. Luego de todo el procedimiento penal correspondiente, el 23 de enero de 2018 se dicta sentencia condenatoria en contra de Jorge David Glas Espinel, Ricardo Genaro Rivera Arauz, Carlos Alberto Villamarín Córdova, Edgar Efraín Arias Quiroz y Ramiro Fernando Carrillo Campaña.

Análisis de los elementos de cooperación eficaz

Una vez analizado el proceso a breves rasgos, se procede a continuación a resaltar el papel y la relevancia de la cooperación eficaz dentro de este caso. El primer problema que surge del análisis, tiene que ver con el papel determinante que posee el “Acuerdo de cooperación” entre el gobierno de Estados Unidos y la empresa multinacional Odebrecht. Este acuerdo implica, a nivel internacional, un proceso bastante similar al de la cooperación eficaz en el Ecuador, pero no a nivel de una persona natural, sino de una persona jurídica. Debido a la información sustancial que este acuerdo logró para el descubrimiento de una red de corrupción transnacional, es necesario analizar con un poco más de profundidad la naturaleza jurídica de dicho acuerdo.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), es entendida como la atribución de consecuencias de tipo penal frente a determinadas actuaciones de carácter antijurídico cometidas por dicho ente. Queda claro que la inclusión de esta figura jurídica en los cuerpos

normativos de varios países contradice al sistema tradicional de la teoría del delito, en donde el cometimiento de un acto delictivo solamente puede ser atribuido a una persona natural (sujeto activo), ya que solamente en ella confluyen tanto la unidad de voluntad, así como el principio de individualidad de la pena. La evolución de los procesos económicos y la globalización derivaron en la creación de personas jurídicas cada vez más complejas y organizadas, tanto a nivel local como supranacional; por ello, la doctrina jurídica tuvo la necesidad de adaptar sus conceptos hacia esta nueva realidad global (Villacís, 2021, pág. 11)

Estados Unidos es conocido por ser uno de los países que se involucró dentro de un proceso de globalización y apertura a la creación de mercados transnacionales, lo que conllevó a que este país pudiese prevenir con mucha más anticipación que otras naciones el enorme peligro de la delincuencia organizada internacional. Por tal motivo, los Estados Unidos constituyen un país pionero en la inclusión de la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como de los programas de cumplimiento.

En Ecuador, la figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica se incluye en el ordenamiento jurídico en el año 2014 (art. 49 y siguientes del COIP). Básicamente, se establece una sanción a la persona jurídica por actos que sus administradores, supervisores, empleados o personas que ejercían de facto dichas funciones, realizan debido a la falta de control previo de la persona jurídica, en beneficio de la misma. La responsabilidad penal de la persona jurídica es parte del derecho penal preventivo, que tiene como objetivo último que la persona jurídica establezca programas de cumplimiento (*compliance*) dentro de sus ejecutorias y se fomenten buenas prácticas de gobierno corporativo.

En el contexto del proceso judicial realizado, el acuerdo entre Estados Unidos y la empresa Odebrecht obedece a los criterios mencionados, pues los actos cometidos por los funcionarios de la compañía son atribuidos y sancionados a la empresa. La persona jurídica precitada, con la finalidad de evitar sanciones mucho más drásticas y sobre todo, para poder continuar operando en territorio estadounidense, se acoge a un acuerdo (*cooperación eficaz*), asumiendo su culpabilidad en la organización de una red de corrupción internacional, asumiendo el pago de multas e indemnizaciones, comprometiéndose a la implementación de programas efectivos de cumplimiento y otros aspectos, pero a cambio, ofreciendo información (delación premiada) acerca de los actos de corrupción cometidos en contubernio con altos funcionarios públicos de varios países latinoamericanos, entre ellos Ecuador.

Los datos suministrados por la empresa Odebrecht conducen irremediamente a la apertura de las investigaciones. El Acuerdo entre Odebrecht y Estados Unidos contiene datos muy generales acerca de la culpabilidad de la empresa y sus vínculos con funcionarios públicos ecuatorianos. Es por este motivo que la Fiscalía acepta un acuerdo de cooperación eficaz entre José Conceição Santos, representante de Odebrecht en Ecuador. La mencionada persona sostiene que Jorge Glas solicitaba sobornos para la adjudicación de obras, tales como el campo Singue en 2011 y otros más. El testimonio del otrora ejecutivo de la empresa Odebrecht (uno de los fundamentos esenciales para el juzgamiento de Glas y otras personas) es refutado por la defensa de Glas, debido principalmente a las inconsistencias del proceso de cooperación eficaz, que serán mencionadas a continuación.

En primer lugar, el 08 de noviembre de 2017, la Fiscalía General de la Nación, se abstiene de acusar al José Santos, arguyendo que “Santos ya fue sancionado por la justicia brasileña y actualmente cumple condena, por lo que respeta el principio universal de derecho

penal por el que una persona no puede ser condenada dos veces”⁸. Como se recordará, en el caso de que José Conceição Santos se hubiese acogido a un proceso de cooperación eficaz, el requisito indispensable para la aceptación del mismo, radicaba en la condición de infractor de la ley penal. En el año 2019, un certificado de antecedentes criminales expedido por la Policía Federal de Brasilia, indica que “no consta decisión judicial condenatoria con tránsito en juzgado” en nombre de José Conceição dos Santos, exdirector de Odebrecht en Ecuador” (Radio Pichincha⁹). Esta situación todavía sigue sin ser aclarada, pero en caso de ser cierta, constituiría un grave caso de fraude procesal.

Por otro lado, es interesante destacar que el Arquitecto Alfredo Vera Arrata, coordinador de Veeduría ciudadana, Transparencia y Anticorrupción, solicita copias simples del convenio de cooperación eficaz entre el delator José Conceição dos Santos y la Fiscalía. Ante este pedido de información, la respuesta de la Fiscalía es la siguiente:

el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 494, prevé que todas las actuaciones relacionadas con la cooperación eficaz deberán ser guardadas bajo secreto y mantenidas fuera de actuaciones judiciales. Por lo que la reserva respecto de la información contenida en la cooperación eficaz, está expresamente prevista en la ley y la misma ha sido declarada como tal con anterioridad a su petición, por lo que su pedido es improcedente (Sentencia 17721-2017-00222, pág. 127)

El proceso de cooperación eficaz, realizado en secreto –bajo el amparo de la ley- deja bastantes dudas acerca de su legitimidad. En cuanto a la obtención de información relevante acerca de un delito mayor al cometido, la sentencia impartida por el Tribunal condena a Jorge Glas Espinel y demás personas involucradas por el delito de asociación ilícita como autores de dicho delito, imponiéndoles la pena de seis años de privación de libertad y el pago de USD 33’396.116 por parte de los condenados. Hasta la presente fecha no se han logrado hacer efectivos dichos pagos.

Valoración de los resultados obtenidos

El instrumento de la cooperación eficaz verificado en el proceso analizado, conllevó a la detención y desarticulación de una estructura criminal en la cual se encontraban implicados funcionarios de altísimo nivel. Estos resultados son bastante satisfactorios, tomando en cuenta que el papel de este instrumento jugó un papel trascendental en el desenvolvimiento del proceso.

Sin embargo, en un análisis más detallado, se puede colegir fácilmente que existen ciertos vacíos de información que no permiten que el proceso pueda ser calificado de transparente, que se inicia por la aceptación casi literal de lo declarado por la empresa Odebrecht en el contexto de una delación o cooperación eficaz con un país extranjero (USA). Hay que tomar en cuenta que, en el proceso de obtener condiciones favorables para la reducción de una pena, es muy probable que el acusado realice afirmaciones alejadas de la realidad, que deben ser plenamente demostradas con material documental y, sobre todo, con

⁸ “Fiscal se abstiene de acusar a delator de Odebrecht por cláusula internacional” (2017). Diario digital La República. Recuperado de <https://n9.cl/cgesi>

⁹ Peralta, P. (2019). Certificado de Brasil revela que José Santos no fue condenado por caso Odebrecht. Radio Pichincha. Recuperado de <https://n9.cl/hcf07>

la evidencia física del delito, la cual constituiría la ruta del dinero sustraído. A pesar de los mecanismos de coacción económica establecidos en la sentencia, el dinero sustraído no puede ser recuperado hasta la actualidad y eso acrecienta las sospechas.

Finalmente, impresiona la amplia capacidad de acción de Fiscalía, quien se toma la libertad de no imponer sanción alguna a José Santos, aduciendo la existencia de una sentencia en Brasil. En primer lugar, el proceso de cooperación eficaz sucede cuando el imputado posee la cualidad de infractor de la ley, algo que no sucede, al menos en el territorio ecuatoriano. Por otro lado, si el derecho procesal *pretrial* tiene como uno de sus objetivos recompensar a quien cometió un ilícito ¿por qué motivo José Santos tendría que cooperar, si al ser ya juzgado en Brasil, con toda seguridad –y fundamentados en el argumento de Fiscalía- ya no podría ser juzgado en Ecuador? El hecho de que este funcionario de una empresa privada haya proporcionado información que se sujeta a la versión de culpabilidad efectuada por la empresa Odebrecht conlleva a la suspicacia.

La Fiscalía manifiesta que los convenios de cooperación eficaz son secretos y mantenidos fuera de las acciones judiciales, pero los resultados de la misma son públicos, tanto en los datos proporcionados por el cooperador, así como en el pedido de reducción de pena solicitado por Fiscalía. De este modo, se descubre que la Fiscalía no puede otorgar ningún beneficio debido a que se abstiene de acusar a José Santos. La Fiscalía alude el caso del artículo 494 para mantener el secreto de los acuerdos de *cooperación eficaz* con los cuales obtuvo la información, pero realmente no hace uso de este instrumento, debido a que no tiene beneficio o recompensa que ofrecer al delator. Del caso de estudio, se ratifica el reparo sostenido en el análisis de la legislación ecuatoriana en relación con la cooperación eficaz, esto es, que el Fiscal tiene demasiado poder de acción, fuera de todo control y en circunstancias en que la subjetividad no llega a ser controlada de manera alguna.

CONCLUSIONES

Tanto del análisis dogmático y jurídico de la figura de la cooperación eficaz en la legislación ecuatoriana, así como del estudio de caso objeto de análisis, se puede afirmar que la cooperación eficaz es una técnica innovadora para lograr la desarticulación de la delincuencia organizada, originada a partir de un proceso internacional de persecución contra grupos transnacionales. Lastimosamente, la presión externa hizo que esta figura sea incluida en la legislación ecuatoriana de manera apresurada y sin un proceso de debate y reflexión que permita reglamentar y avizorar las dificultades y diferentes situaciones que se pueden dar en la marcha.

La cooperación eficaz en el Ecuador empieza a recorrer su camino de manera paulatina y se aplica conforme la necesidad amerita. Es lamentable que esta valiosa herramienta posea serias limitaciones en cuanto a su aplicación práctica. El fiscal tiene sobre sus hombros una excesiva libertad de acción y decisión acerca de la concesión de procesos de cooperación eficaz sobre los imputados de un delito que puede llegar a ser fácilmente corrompida por intereses externos, sobre todo si se toma en cuenta la naturaleza y poder económico y político de las organizaciones delictivas que se busca desmantelar a través de la utilización de esta herramienta.

Otro aspecto que resaltar tiene que ver con el tema de la cooperación internacional. El origen mismo de la cooperación eficaz tiene que ver con una corriente de pensamiento

transnacional en la lucha contra la delincuencia organizada, pero se pueden apreciar serios problemas de coordinación entre los diferentes países para lograr que las reparaciones y sanciones a los implicados en casos de corrupción puedan ser satisfactorias para todos los países involucrados. En cuanto al estudio de caso, es muy probable que bajo la normativa brasileña o americana, la reparación y el procedimiento se encuentre muy claro, pero quedan evidentes serias dudas acerca del proceder jurídico en el Ecuador, lo que podría conllevar a futuras acciones en el campo internacional y sobre todo, no permiten recuperar de forma clara los bienes supuestamente desfalcados.

En los delitos contra la eficiencia de la administración pública, se presupone que el bien jurídico protegido constituye el principio de la eficiencia en las acciones del estado, que son disminuidas por las actuaciones corruptas de quienes ejercen la función pública. Existen varios principios adicionales que también incluyen de manera tácita al bien jurídico protegido. Las organizaciones delincuenciales que constituyen el origen y esencia de la cooperación eficaz podrán ser desarticuladas únicamente cuando se afecte a su componente económico, por lo tanto, es importante que el Fiscal determine la relevancia de la información proporcionada por el cooperante a partir de la capacidad de recuperar los bienes sustraídos, puesto que el factor económico es el que sostiene principalmente las actividades y la inclusión de altas figuras de poder político en las organizaciones criminales.

La cooperación eficaz es una herramienta que posee enorme potencial en cuanto a la persecución del crimen organizado, pero requiere un mecanismo eficiente en cuanto a herramientas legales de acción, a través de reglamentación y un debate amplio con ayuda de la academia, que se deba enfocar en la absoluta prerrogativa que posee el fiscal sobre la reducción de penas en la forma que actualmente la normativa penal ecuatoriana permite, así como en los mecanismos prácticos que permitan la aplicación efectiva de la cooperación eficaz, sobre todo en cuanto a los recursos y garantías necesarias para evitar que los trabajos de investigación puedan ser incluidos en el proceso sin vicios de legalidad alguna.

REFERENCIAS

- Acuerdo de Cooperación entre el gobierno de Estados Unidos, distrito Este de Nueva York y Odebrecht S. A. *Cr. No. 16-643*. (RDJ).
- Andrade, A.; Castillo, G. (2020): “Alcance jurídico de la cooperación eficaz en los delitos contra la eficiencia de la administración pública”, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, mayo. Recuperado de: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2020/05/alcance-juridico-delitos.pdf>
- Bentham, J. (1826). *Teoría de las penas y las recompensas*. 3era. ed., Vol. 3. Edición José René Masson. Editorial Casa de Masson e Hijo. Versión digital recuperada de: http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080043788_C/1080045964_T3/1080045964_MA.PDF
- Benavides, M.; Crespo-Berti, L. & Solá, M. (2021). “La cooperación eficaz del procesado en el derecho penal ecuatoriano”. *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 8(3), 00040. Recuperado de <https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i3.2664>
- Chanjan, R. (2017). “El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la administración pública”. *Revista Derecho Penal y Criminología*. Volumen XXXVIII, número 104, pp. 121-150 (2017). Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/321763631_El_correcto_funcionamiento_de_la_administracion_publica_fundamento_de_incrimination_de_los_delitos_vinculados_a_la_corrupcion_publica/fulltext/5a3167c6a6fdcc9b2d38ecd7/El-correcto-funcionamiento-de-la-administracion-publica-fundamento-de-incriminacion-de-los-delitos-vinculados-a-la-corrupcion-publica.pdf
- Código de Hammurabi (s.f.). Luarna editores. Recuperado de <http://www.ataun.eus/bibliotecagratis/C1%20A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>
- Carrión, L. (2017). *La cooperación eficaz, teoría, práctica y jurisprudencia*. Quito, Editorial Luis Cueva Carrión.
- Cornejo, J. (2020). “El sistema de los delitos contra la eficiencia de la administración pública. Consideraciones político criminales”. Ecuador. *Derecho y cambio social*. No. 60, abril-junio 2020, págs. 252-289. Recuperado de [file:///C:/Users/ottow/Downloads/Dialnet-ElSistemaDeLosDelitosContraLaEficienciaDeLaAdminis-7524993%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/ottow/Downloads/Dialnet-ElSistemaDeLosDelitosContraLaEficienciaDeLaAdminis-7524993%20(5).pdf)

- Delgado, A. (2020). “Los delitos contra la eficiencia de la administración pública en los códigos penales hispanoamericanos. Una revisión de las rúbricas a partir del bien jurídico protegido y del grupo de delitos allí previstos”. Madrid: *Revista Crítica Penal y poder*, número 20. Recuperado de <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30074>
- Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Estrella, E. (2019). “Técnicas de investigación en delitos de corrupción”. *Perfil Criminológico. Revista Científica de Ciencias Jurídicas, criminología y seguridad*. No. 26, Diciembre 2019, pág. 47-51. Recuperado de <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/Revista-Corrupcion.pdf>
- Función Judicial del Ecuador (2018) *Sentencia por asociación ilícita*, 17721-2017-00222 / (Sala Especializada de Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 2018)
- Hernández Hichos, M. (2021). “Críticas al derecho premial en Guatemala”. *Revista Ciencia Multidisciplinaria CUNORI 2021*. No. 2, volumen 5, 2021. Recuperado de <https://revistacunori.com/index.php/cunori/article/view/175/229>
- Jara, P. (2018). *La cooperación eficaz y el principio de proporcionalidad*. Tesis de Maestría. Universidad regional autónoma de los Andes / Universidad Católica de Cuenca. Recuperado de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/9650/1/TUAEXCOMMMDP003-2019.pdf>
- México. Código Nacional de Procedimientos penales. Diario Oficial de la Federación, 5 de marzo de 2014. Recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_190221.pdf
- Moina, J. (2019). “Conductas penalmente relevantes vinculadas a la Administración Pública”. *Perfil Criminológico. Revista Científica de Ciencias Jurídicas, criminología y seguridad*. No. 26, Diciembre 2019, págs. 40-44. Recuperado de <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/Revista-Corrupcion.pdf>
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Julio César Faira.

- López Jara, A. (2018). “Delitos contra la eficiencia de la administración pública. Caso de estudio: Morona Santiago”. *Revista científica de contabilidad*. No. 22, noviembre 2018, págs. 143-156. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contad/article/view/5744/7136>
- ONU: Asamblea General (2000) *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Recuperado de <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Páez Bimos, P. (2017). “La cooperación eficaz y sus problemas con la impunidad”. *Portal Jurídico Legal Today*. Recuperado de <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional/la-cooperacion-eficaz-y-sus-problemas-con-la-impunidad-2017-10-11/>
- Pachay, R. (2020). “La Cooperación Eficaz de un miembro de pandilla y su contribución al proceso penal”. *FRONESIS. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Instituto de filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando*. Vol. 2, No. 20, pp. 102-124. Recuperado de <https://produccioncientificaluz.org/index.php/fronesis/article/view/35796/38129>
- Pérez Ceto, E. (2020). “Medios extraordinarios de prueba. Ley contra la Delincuencia Organizada”. *La Prueba Penal. Revista Jurídica digital*. No. 1, Págs. 142-149. Recuperado de [http://posgradosderecho.usac.edu.gt/recursos/Revista%20LA%20PRUEBA%20PENAL%20\(Quich%C3%A9\).pdf](http://posgradosderecho.usac.edu.gt/recursos/Revista%20LA%20PRUEBA%20PENAL%20(Quich%C3%A9).pdf)
- Perú. Decreto Legislativo No. 1301, Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso. El peruano, Diario Oficial del Bicentenario No. 13918, 30 de diciembre de 2016. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/0IMRfeEqaZD8KvtOjF-Irf>
- Quiroz, W. (2018). “La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en Perú”. *Revista oficial del poder judicial*. No. 2. Enero de 2018. Recuperado de <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/121/186>
- Rocha, A. (2019). “El proceso de colaboración eficaz y su implicancia en los procesos por delitos de corrupción de funcionarios” *Tesis de especialidad*. Lima. Universidad Norbert Wiener. Recuperado de <https://repositorio.uwiener.edu.pe/xmlui/handle/123456789/2962>
- Rodríguez, V. (2010). “La debida aplicación de la cooperación eficaz de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, en los delitos relacionados con sustancias sujetas a fiscalización” *Tesis de Maestría*. Guayaquil. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Recuperado de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/13163/1/T-UCSG-POS-MDDP-5.pdf>

- Rusconi, M. (2018). “Arrepentidos y justicia penal: ¿nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la Inquisición del nuevo milenio? *Pensar en Derecho*. No. 13, págs. 9-18. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/13/revista-pensar-en-derecho-13.pdf>
- Solano, Daniela. Lavado de activos: Ecuador en la mira del GAFI, 2010-2014. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2019.
- Tixi Torres, D. F., Navarro Cejas, M., Rojas Sánchez, D. N y Navas Pazmiño J.B. (2019). “El problema de la delincuencia organizada y la cooperación eficaz en el Ecuador”. *Uniandes Episteme*, 6 (Especial), págs.772-786. Recuperado de <http://45.238.216.13/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/1764/1677>
- Vásquez, D. (2020). “Enumerando las causas de la impunidad. Reflexiones para elaborar una estrategia antimpunidad” *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 23, núm. 1, págs. 431-464. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73365628015/73365628015.pdf>
- Villacís, C. (2021). La responsabilidad de las personas jurídicas y la eficiencia de su aplicación. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar. Archivo personal.
- Villagómez, R. (2019). *Derecho penal premial: cooperación eficaz y delincuencia organizada en el Ecuador*. Quito: Zona G.
- Zabaleta Ortega, Y. (2017). “La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano” *Revista CES Derecho*, vol. 8 (1). Págs. 172-190. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a10.pdf>
- Zaquinula, C. (16 de septiembre de 2020). *Delación Premiada*. DerechoEcuador.com. Recuperado de <https://derechoecuador.com/delacion-premiada/>