



La Cooperación Eficaz de un miembro de la pandilla y su contribución al proceso penal

Roger Pachay

Abogado de los Tribunales del Ecuador

Ecuador

rogerpachay@hotmail.com

Resumen

La Cooperación Eficaz y su contribución a los fines del proceso penal, es un tema controversial que se actualiza bajo la visión del garantismo constitucional, que permea a la civilización jurídica occidental en este siglo. Las consideraciones varían conforme al entendimiento de las funciones del Estado en el ejercicio del Ius Puniendi y las garantías que se han dispuesto en favor del justiciable. Ambos extremos se ubican en distintas normas de la Constitución de la República del Ecuador y del Código Orgánico Integral Penal. A esta problemática, se suma la compleja situación de las pandillas que, como fenómeno social y jurídico, desafían la paz y seguridad social, como ocurre con las organizaciones criminales transnacionales. Se plantea una discusión científica desde la perspectiva cualitativa con la utilización del análisis documental bibliográfico, sobre los argumentos a favor y en contra de la valoración del testimonio obtenido bajo esta figura. Se concluye en la necesidad de implementar esta institución conciliando los fines del Estado, que busca proteger a la sociedad, y los del proceso de corte adversarial, donde es imperativo el respeto de los derechos humanos de quienes enfrentan el Sistema de Justicia, en favor de los valores democráticos y de justicia.

Palabras clave: cooperación eficaz, pandilla, proceso penal, prueba

The Effective Cooperation of a gang member and their contribution to the criminal process

Abstract

Effective Cooperation and its contribution to the purposes of criminal proceedings, is a controversial issue that is updated under the vision of constitutional guarantees, which permeates Western legal civilization in this century. The considerations vary according to the understanding of the functions of the State in the exercise of *Ius Puniendi* and the guarantees that have been provided in favor of the defendant. Both extremes are located in different norms of the Constitution of the Republic of Ecuador and the Comprehensive Organic Penal Code. Added to this problem is the complex situation of gangs that, as a social and legal phenomenon, challenge peace and social security, as occurs with transnational criminal organizations. A scientific discussion is proposed from a qualitative perspective with the use of bibliographic documentary analysis, on the arguments for and against the assessment of the testimony obtained under this figure. It concludes on the need to implement this institution reconciling the purposes of the State, which seeks to protect society, and those of the adversarial court process, where respect for the human rights of those who face the Justice System is imperative, in favor of democratic values and justice.

Keywords: effective cooperation, criminal proceedings, evidence

Introducción

El Ecuador una vez aprobada la Constitución de la República, en el año 2008, vuelve a tener un rol fundamental como Estado rector y garante de derechos ciudadanos, donde según Benigno (2012) “su accionar debe velar por los colectivos y el ciudadano de manera integral, y debe hacerlo a través de política pública, acceso equitativo a bienes y servicios públicos y medios efectivos de restitución de derechos”(p. 6). En este sentido, los derechos humanos y las garantías legales para su materialización son la piedra angular donde descansa el Sistema Adversarial en el Estado constitucional de

derechos y justicia, lo cual implica la formulación de políticas públicas que abonen en la erradicación de los factores y carencias que están presentes en la realización de las conductas delictivas.

Bajo este entramado, la cooperación eficaz como institución dispuesta en el Código Orgánico Integral Penal con vigencia desde el año 2014, reformado en el año 2019, y los aspectos que involucra su valoración como prueba en el proceso penal, es un tema polémico en el ámbito jurídico, ya que esta especie de colaboración con la justicia, obliga a reflexionar sobre aspectos éticos y técnicos jurídicos que podrían empañar este mecanismo de obtención - valiosa- de información, y aún más su reconocimiento como fuente lícita de prueba. Desde otra mirada, no se puede desestimar la necesidad de este testimonio para los fines del proceso, e incluso su contribución en la desarticulación de las organizaciones delictivas, donde en nuestro criterio, deben ser consideradas las pandillas, todo lo cual contribuye en la prevención del delito.

En este estado de cosas, el análisis de la cooperación eficaz de un miembro de la pandilla y su contribución en el proceso penal, es el objetivo general de esta investigación, que se acometió con el auxilio de las técnicas propias de los estudios cualitativos de tipo documental-bibliográfico, examinando el acervo teórico existente, a nivel nacional e internacional, de los tópicos involucrados a saber: Cooperación eficaz, la pandilla y el proceso penal.

También fue relevante indagar los distintos instrumentos legales que regulan la cooperación eficaz y su valor como fuente y prueba en el proceso penal, y los límites y alcances de este mecanismo de colaboración con la justicia, en aquellos países que lo han acogido, lo que permitió comprender la fortaleza y debilidad de la figura bajo análisis.

En este sentido, no se puede descuidar que el Código Orgánico Integral Penal (2019) ha incorporado principios caracterizadores del Sistema Adversarial, que destacan el carácter garantista del Estado en esta materia, pero es este mismo texto el que contempla la figura denominada cooperación

eficaz, con la intención expresa de erradicar y sancionar las nuevas modalidades de la delincuencia organizada nacional y transnacional.

Esta finalidad se encuentra expresada igualmente en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), suscrita y ratificada por el Ecuador, que busca promover figuras jurídicas como la que estamos analizando, para prevenir y reprimir dichas acciones, destacando que las estrategias planteadas por la comunidad internacional en este instrumento develan el alto grado de peligrosidad de estas organizaciones delictivas y la voluntad política de abordarlo con tácticas de primer nivel.

Ahora bien, en el Ecuador se impulsa la figura de la cooperación eficaz, concibiéndola el texto normativo como una técnica de investigación que coadyuva en la investigación y posterior enjuiciamiento de los miembros de las estructuras criminales que operan en el país, con grandes beneficios para la seguridad del Estado.

Esta institución ha sido puesta en manos del órgano fiscal, quien deberá arribar a un acuerdo con el procesado cooperante, para obtener información cierta y precisa que permita dismantelar y sancionar a los miembros del grupo organizado, por lo que esta cooperación eficaz genera una contraprestación, que se expresa en un beneficio de reducción o rebaja de la pena principal y accesoria.

El estudio inédito sobre la cooperación eficaz de un miembro de la pandilla en el Ecuador, se esboza en razón de una serie de criterios doctrinarios previamente vertidos respecto de este tipo de colaboración. Lo que nos lleva a plantear la necesidad de incorporar dentro de este esquema a las pandillas o bandas criminales, que no están debidamente consideradas en las estructuras de las grandes organizaciones delincuenciales, pero al mismo tiempo, nos permite revisar algunas reflexiones de carácter ético sobre su utilización, lo que contribuyó a delimitar las conclusiones y recomendaciones del estudio, que, entre otras aspiraciones, pueden llegar a minimizar los argumentos en contra de la cooperación eficaz.

Se reitera que las fuentes examinadas son de carácter secundario, atendiendo al contenido de los textos doctrinarios, normativos, y jurisprudenciales, del ámbito nacional e internacional, con lo cual se consolida el método comparativo, por lo que la técnica empleada es la de observación documental y el análisis de contenido, que respaldan los aportes presentados por el investigador sobre el tema objeto de estudio, para que sirvan como un texto de consulta de los operadores de justicia, abogados litigantes, estudiantes, y en fin, de la comunidad académica, respecto de la interpretación y aplicación de instituciones tan controversiales como estas en el marco del Estado constitucional de derechos y de justicia.

En el cuerpo del estudio se expondrán algunas cuestiones puntuales acerca del testimonio, como sustrato de la cooperación eficaz, reconociendo su valor como prueba en el proceso penal, destinando un espacio al entendimiento de esta figura en relación al aporte que realiza algún miembro de la pandilla en el proceso penal, contribución que está plagada de algunos cuestionamientos éticos cuando advertimos el rol del Estado bajo el paradigma garantista constitucional, que, sin duda alguna, acoge Ecuador en la Constitución de la República desde el año 2008.

1. La Cooperación Eficaz de un miembro de la pandilla y su contribución en el proceso penal

1.1. El testimonio como medio de prueba en el Estado constitucional, de derechos y de justicia

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en el numeral 6 del artículo 168, preceptúa que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Del mismo modo, en el artículo 169 establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del

debido proceso, demandando que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

En este entendimiento, las pruebas son los medios necesarios para comprobar la hipótesis contenida en el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal (2019), que define la infracción penal como un acto típico, antijurídico y culpable. Será el juez de garantías constitucionales quien a través del estudio y ponderación de estos medios arribará a la convicción sobre la inocencia o culpabilidad del procesado.

Ilustra Framarino Dei Malatesta (2002), que todo el material probatorio incide significativamente en la decisión que tome el juez en relación a la comprobación de la existencia -o no- de la infracción penal, de ahí la necesidad de constatar los medios de pruebas que el legislador ha dispuesto en favor de los fines antes expresados.

Precisamente, el testimonio es uno de los medios con mayor longevidad dentro del mundo jurídico, pero también el que ha cifrado mayores cuestionamientos. A pesar de esto, la importancia del mismo radica en que el testimonio (aunque no es el único medio) sirve de canal para la materialización de la Cooperación Eficaz en el proceso penal, por lo tanto, es menester que, los operadores de justicia sean muy cautelosos al momento de su valoración.

Esto implica que la declaración ofrecida no debe ser tomada como fuente única de la probanza, por lo que es relevante un cotejo con los otros medios que lícitamente se hayan integrado al proceso, para llevar al juez al convencimiento sobre su veracidad, entendiendo que la prueba, como lo manifiesta Carrara (1998), “es un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia, la veracidad o falsedad de los datos mismos” (p. 23).

Como se observa, el aspecto medular de la prueba está en la finalidad que le ha sido encomendada, para esto en el Título IV Prueba, Capítulo Primero de las Disposiciones Generales, artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal (2019), se dispone expresamente que la misma puede: “llevar a la o al juzgador

al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”. En efecto, el testimonio para Rodríguez (2012), como prueba lícita incorporada en el juicio, contribuye a la finalidad del proceso, que se vierte en la búsqueda de la verdad por las vías jurídicas y el pleno respeto de las reglas del debido proceso.

Entre las reglas del debido proceso, se deben considerar todas aquellas prerrogativas que se ubican a favor del procesado para el ejercicio del derecho a la defensa, entre estas, el artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal (2019), dispone una serie de principios que son la base para el anuncio y la práctica de la prueba, entre los que destacan: el de oportunidad, inmediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión, y de igualdad de oportunidades para la prueba, los cuales desarrolla en su contenido.

De conformidad con estos principios, se disponen los distintos medios de pruebas en el Capítulo Tercero, artículo 498 del texto penal integral, que expresa textualmente: “Los medios de prueba son: 1. El documento; 2. El testimonio; 3. La pericia”, los cuales pueden servir de canal para la procedencia de la Cooperación Eficaz, empero para su validez se debe cumplir con ciertas formalidades y requisitos que exige la ley.

En este recorrido, destacamos el artículo 501 *eiusdem*, que define el testimonio como “el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal”.

Así las cosas, la Cooperación Eficaz, que se expresa bajo declaración, en nuestro criterio, se debe valorar apreciando en su conjunto todos los elementos que han sido sometidos a la consideración del juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que según advierte Couture (1951), son aquellas que nos dotan del correcto entendimiento humano, exponiendo que: “La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero razonamiento” (p. 118).

Es así como las reglas de la sana crítica demandan una valoración con sentido de la lógica, la recta razón, con conocimientos propios de la experiencia y alejados de toda arbitrariedad, con lo que se pretende garantizar la ausencia de cualquier irracionalidad. Sin embargo, el Estado garantista exige en materia penal, más que lo expuesto, por lo que no es suficiente la valoración de la prueba desde el razonamiento lógico, para el esclarecimiento del delito, es necesario aplicar técnicas y herramientas científicas, que permitan con certeza establecer la existencia o no del delito, escrutando de forma debida el valor de los medios.

Particularmente, la prueba testimonial, ha sido duramente cuestionada, señalando sus detractores que carece de eficacia probatoria, en virtud de la subjetividad que la impregna, por lo que este juicio de valor debe tener en cuenta aspectos propios que demuestren veracidad, para esto se extremen condiciones que aseguran la correcta valoración de las pruebas que ingresan al proceso, como aquellas que predica el artículo 457 del texto integral penal, como criterios de valoración, en los cuales se ordena la revisión acerca de “su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales”.

Otro elemento que debe ser atendido en el tema de la Cooperación Eficaz, es el denominado *Onus Probandi* o carga de la prueba que de acuerdo con Villalva (2014) “es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales” (p. 40).

En Ecuador, y en otros países del continente americano, existe un consenso estructural que se vierte en el ordenamiento legal, conforme al cual se atribuye al Fiscal del Ministerio Público, la carga de la prueba sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal de la persona a la que imputa la perpetración de tal injusto, lo cual se consustancia con la Cooperación Eficaz, como una institución puesta al servicio de la vindicta pública para la consecución de algunos fines, lo que permitirá hacer una sucinta relación entre esta y los argumentos que se esgrimen a favor y en contra.

1.2. La Cooperación Eficaz expresada bajo el testimonio como medio de prueba: Argumentos a favor y en contra

Como se señaló con antelación, es en la lucha contra la eliminación de las organizaciones criminales, entre las que también debe ubicarse a las pandillas, que la legislación penal ecuatoriana ha insertado métodos de investigación no convencionales, ejemplo de ello es el testimonio de los procesados quienes pueden cooperar eficazmente en el desmantelamiento de estas bandas, la desarticulación de las mismas, la captura de autores o partícipes, e incluso en el descubrimiento de la verdad, por lo cual en el Ecuador se fija como una institución que cumple con varios fines utilitarios, todos en favor de la denominada seguridad ciudadana.

Para Salazar (2016), el marco doctrinario de la cooperación eficaz, inicia su acción dentro del reconocido Derecho Penal Premial, siendo utilizado inicialmente en Europa, para luego extenderse a algunos países de Latinoamérica, entre estos, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela, donde la terminología que los identifica es disímil, pero todas se centran en la colaboración o auxilio que genera la declaración “voluntaria” en el proceso penal.

Explica el autor, que el derecho penal premial se concentra en la condena que se deriva de la comisión de un delito, en alguna de estas legislaciones, se excluye su aplicación y en otras se mitiga, todas estas consecuencias dependen del grado de colaboración o cooperación que brinda el arrepentido, y es aquí donde se alzan distintas voces, acerca de los peligros vigentes para la materialización del Estado garantista, en virtud de que la declaración no siempre es espontánea, pero también se denuncia la inexistencia de parámetros para medir el nivel o la calidad de la colaboración.

En cuanto a la valoración de esta declaración, que se convierte en medio de prueba de acuerdo con el texto integral penal, se advierte que el juez sentenciador debe estimar íntegramente el comportamiento y actuar del cooperador, y no únicamente a los que ha apreciado la parte acusatoria para

poder lograr acceder al “premio” o “beneficio” el cual consiste en la reducción o la entera exoneración de la condena.

Obviamente, este premio o beneficio por la cooperación, mediante testimonio, se sustenta de manera firme y categórica en la contribución eficaz que converge en la desmantelación de cierta organización delictiva o pandilla criminal.

Es aquí donde se bifurcan las posturas a favor y en contra de la Cooperación Eficaz, por un lado, la doctrina que alaba las innumerables facilidades y mejoras que brinda esta institución para el sistema penal, por otro lado, quienes las critican, válidamente, por considerarla como una institución que socaba las bases y fines del Derecho Penal, cuando un miembro de estas organizaciones recibe una pena irrisoria en proporcionalidad con los daños ocasionados.

Argumentos en favor de la utilidad de la figura jurídica del Cooperador Eficaz.

En esta vertiente, se encuentran autores como Cueva (2017), quien califica la cooperación eficiente y fidedigna como una contribución al descubrimiento de un delito, bajo el señalamiento de los autores intelectuales o de los ejecutores partícipes de la banda criminal. También Montoya (2014), aporta a la discusión un beneficio para el Estado, al señalar que este tipo de instituciones ayuda a la prevención de la comisión de otros presuntos delitos que afectan la seguridad ciudadana y del país en sentido general.

Se colige que, Ecuador introdujo esta política a su legislación en reconocimiento de las obligaciones adquiridas con la comunidad internacional en la lucha contra la criminalidad que se encuentran recogidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), y ha tomado como referencia el derecho premial, que se convierte en el sustrato filosófico de la institución en estudio. Es así como, el sujeto que se acoge a la institución, en su condición como procesado, obtiene un beneficio al suministrar información notoria y fehaciente de los hechos o actos delictivos cometidos por la organización delictiva o banda criminal a la que pertenecen.

Por esta razón, la cooperación eficaz, conforme a las especificaciones contenidas en los artículos 491, 492 y 493 del Código Orgánico Integral Penal (2019), puede estimarse como una técnica especial de investigación que, se vierte en un acuerdo, donde el procesado tiene la obligación de “suministrar 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. Así una vez verificado estos extremos, el mismo accederá a una rebaja de su pena no menor del 10% o 20% del mínimo de la fijada para la infracción en que se halle involucrado el cooperador, de acuerdo a los supuestos contenidos en la última de las normas señaladas.

La cooperación eficaz será relevante si la información permite desarticular las organizaciones criminales, la captura de sus miembros, la reducción de los delitos de igual o mayor gravedad, y, en fin, la prevención de otras conductas que afecten la paz y seguridad ciudadana.

Empero, esta técnica especial de investigación, no ha logrado los efectos deseados, o por lo menos el Estado no ha mostrado la utilidad de la adopción de esta institución jurídica, y es aquí donde se asienta la problemática en estudio, poniendo en tela de juicio el uso de dicha técnica, todo lo cual aumenta los argumentos en contra.

Argumentos en contra de la utilidad de la figura jurídica del Cooperador Eficaz.

De manera lacónica se expondrán los argumentos en contra de la Cooperación Eficaz como prueba en el proceso penal, atendiendo a lo expresado por Ortiz (2017), que aborda el tema sobre la conveniencia o no “de articular medidas legales que incentiven la colaboración con la Justicia, y en especial, las confesiones y delaciones de criminales arrepentidos, como instrumentos que favorecerían la obtención de valiosa información y fuentes de prueba”(p.39)

Resalta en primer lugar el espinoso tema de la confesión, que debe ser mirado con suma cautela bajo la égida del Estado Constitucional, que otorga especiales garantías para que su producción esté dotada de validez, entre estas destaca, el aspecto de la voluntariedad. Particularmente, en los sistemas premiales, este ha sido el talón de Aquiles, al entrar en la consideración de los incentivos de los cuales está rodeado, pero aun más se cuestiona el término de la autoincriminación que siempre acompañará a este tipo de declaración.

Del mismo modo, ha sido objeto de especial interés la confesión por la presunta contribución que genera, donde se plantean aspectos que en todo caso deben ser sometidos a examen, aun cuando precisa Orezzaoli (2020), lo que ha evidenciado su práctica es que la declaración y su valor para el proceso ha sido “generalmente incuestionada”, procurando de este modo la carga probatoria que reposa en poder del Fiscal.

De aquí surgen innumerables cuestionamientos que se vierten sobre esta forma de obtención de los elementos de convicción que forman el juicio de quien las valora, con lo cual no se ha logrado resolver el problema de la discrecionalidad punitiva que se le va a otorgar a este ente, tampoco el tema asociado con la valoración de la eficacia de la información aportada para atrapar a los cabecillas del delito evitando de este modo los altos índices de impunidad.

Se oponen a estos argumentos que, la cooperación eficaz es una técnica investigativa muy utilizada en la lucha contra el vandalismo, implementada en países desarrollados como Estados Unidos y Europa, en razón de lo cual el Ecuador puede adquirir, como expresa Orezzaoli (2020), la experiencia de las prácticas de esta técnica al país a través del derecho comparado apreciando el verdadero valor de esta figura jurídica.

Pero la mayor crítica que se vislumbra a esta institución nace del sistema de garantías que pudiera encontrarse vulnerado con esta actuación, lo que lleva a Ferrajoli (1995) a destacar que: “con el Derecho Penal Premial se pasa a una justicia consensuada, en la que lo fundamental es el acuerdo,

trastocándose las funciones de los diversos actores” (p. 112). Con lo cual, para que la cooperación eficaz, no vulnere las garantías del debido proceso y se constituya en una prueba ilícita, es necesario que el procesado que se acoge a esta figura jurídica, exprese que la misma obedece a un acto voluntario, sin presión alguna, misma que debe ser vigilada, controlada y evaluada por el juez de garantías penales.

De acuerdo con Ferrajoli (1995), llegar a un acuerdo de negociación entre el fiscal y el imputado o procesado, viola las garantías del debido proceso, ya que la fiscalía deja de cumplir su rol investigativo, pero también deja en cierto modo un nivel de impunidad de la conducta delictiva.

Ante este panorama, deberá colocarse en una balanza los aciertos y desaciertos de esta institución jurídica, para lo cual será imprescindible conocer los datos de la praxis para concertar acerca de la viabilidad de esta decisión de política criminal, que interesa a los fines del desmantelamiento de las organizaciones, bandas o pandillas criminales.

2. La Pandilla: La Cooperación Eficaz y los nuevos postulados del Derecho Penal

Todos los aspectos planteados, son vitales para la comprensión de la implementación de la institución de la Cooperación Eficaz, en esquemas como el de las pandillas o bandas criminales, grupos que en nuestro criterio integran el concepto de Delincuencia Organizada, aun cuando una parte importante de la doctrina no lo considere así.

La criminalidad, como fenómeno, es un problema que afecta la sociedad, por esta razón, el Estado debe orientarse a la planificación de estrategias que minimicen sus efectos, sin importar si esta se produce por acción de un individuo o de varios reunidos para acometer un hecho.

Esta verdad, aparece cuestionada cuando se hace establece toda una estrategia de lucha contra el crimen que enfoca sus acciones a la Delincuencia Organizada, la cual produce importantes efectos en la vida de un ciudadano y en la seguridad de Estado. No por esto se debe descuidar el

fenómeno de las pandillas que a la larga se consolidan en verdaderas organizaciones criminales, poniendo en jaque toda la estructura del Estado.

Conforme a lo dispuesto, se revisan dos definiciones contenidas en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), cuando por un lado señala que:

“(a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;”

Estableciendo como se observa características identificadoras que posiblemente no están presentes en la conformación de las pandillas, por su carácter menos estructurado o más espontáneo, pero si consideramos que se puede ubicar a las pandillas bajo la definición contenida en la norma señalada cuando dispone:

“(c) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;”

Bajo esta consideración, consideramos idónea la utilización de instituciones como la Cooperación Eficaz, y otras tantas estrategias concebidas en la en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), que permitan desarticular las pandillas, evitando su proliferación, y además las acciones delictivas que las caracterizan.

Ahora bien, en la utilización de estas estrategias, no deben desconocerse los nuevos postulados del Derecho Penal que demandan una racionalidad del gobierno al momento del diseño y formulación de las políticas públicas, en

especial de la política criminal, las decisiones no pueden ser coyunturales o espasmódicas, por el contrario, estas deben obedecer, a los fines planteados por el garantismo constitucional que ha sido la punta de lanza del Ecuador desde el año 2008.

Precisamente, el fenómeno de las pandillas, para Taboada (2019), genera grandes tensiones “ante las cuales se establecen políticas de represión, sobre todo en contextos tan sensibles como lo son el terrorismo, el crimen organizado, entre otros”. (p.19). En este escenario juega un papel determinante el cooperador eficaz, ya que a través de esta institución el Estado puede desarticular las organizaciones delictivas en aras de erradicar toda su actividad.

Esta nueva técnica regulada en el artículo 491 del Código Orgánico Integral Penal (2019), como ya se mencionó se convierte en una herramienta idónea para estos fines. Es por esta razón que se imponen modernas instituciones de recolección de pruebas para resolver los casos que demandan más entrega por parte del cuerpo penal, reconociendo la utilidad de la cooperación eficaz sobre la base de los testimonios fidedignos lo que se traduce en el bienestar y seguridad del país.

A los fines del estudio Álvarez (2017) advierte de la existencia de cinco características reflejadas en estos procesos:

Siendo la primera de ellas es que el procesado es culpado por un delito cometido por toda una organización criminal; como segunda característica se tiene que la información entregada por el cooperador debe ser corroborada y totalmente completa; la tercera característica es que esta información debe resultar relevante y de suma importancia para la solución del caso; cuarta característica reza que la información debe permitir el descubrimiento y/o conocimiento de otros sujetos involucrados en la comisión del delito y por último se argumenta que luego de corroborar con todas las de la ley el testimonio aportado por el reo procesado y que esta sea de total certeza se le concederá entonces una reducción de la pena. (p. 22).

Estas características, cobijan la propuesta del autor, que denota la necesidad de reconocer el uso de esta institución en el caso de que la declaración la aporte un miembro de una pandilla-como organización criminal-, aun cuando se disponga como una estrategia para los grupos que se ubican bajo la definición de Delincuencia Organizada.

Respecto de la reducción de penas que concibe el artículo 493 *eiusdem*, obviamente que funciona como un beneficio directo, pero también, funciona indirectamente, al incentivar otros arrepentimientos y al estimular la desintegración de las bandas criminales, todo como parte de una Política Criminal integral, que favorece la prevención del delito, y una represión eficaz y expedita de los autores y partícipes.

En este entramado de ideas, el Ecuador, según expresa Álvarez (2017), ha dispuesto la cooperación como un elemento de convicción en la etapa inicial del proceso y luego como una prueba para acreditar dicha responsabilidad. Empero, en un Estado Constitucional debe ser estimada en su justa extensión, debido a las particularidades propias de su obtención.

Ratifica Alvarez (2017), nuestra posición al considerar que cualquier persona que sea eje central de una causa judicial penal puede acogerse a este beneficio que brinda la figura de la cooperación eficaz, y si ese testimonio que proporciona es veraz y oportuno para la contribución del conocimiento de nuevos sujetos que estén vinculados al delito que se investiga podrá gozar de sus beneficios, ya que lo que interesa es que se cumpla con los fines que han servido para su implementación.

Al recordar el fin que se le encomienda a la prueba en el Sistema de Administración de Justicia, es fácil colegir que la información que proporcione el cooperador ha de ser corroborada con otros medios traídos al proceso, permitiendo contribuir al descubrimiento de la estructuración de la organización delictiva, las acciones por ejecutar o que se hayan consumado, así como todos sus integrantes o la mayoría de ellos, siempre y cuando estén vinculado al caso o asunto procesal penal.

Recordamos que el fenómeno de la criminalidad organizada según Godoy (2013) trasciende fronteras, por lo que los países incorporan solidariamente estas instituciones como técnica especial de investigación para combatir el crimen a escala internacional de manera eficiente. Esta perspectiva es igualmente aplicable en el caso de las pandillas, que como es sabido, también amplían su campo de acción a otros países, verbigracia las maras salvadoreñas.

3. Cuestiones éticas acerca del rol del Estado y la cooperación eficaz de un miembro de la pandilla como aporte al proceso penal.

La cooperación eficaz, no solo presenta problemas a nivel jurídico, sino también ético, en efecto, la mayoría de los autores coinciden que, el principal valor que se ha de tener en cuenta al momento de implementar esta institución es el relativo a su eficacia para desarticular carteles, en el caso particular de este estudio, para desarmar a las pandillas o bandas criminales.

En tal sentido, deben cumplirse todos los principios que sustentan el Sistema Adversarial de corte garantista que asume el Ecuador para asegurar el valor ético de la implementación de estas figuras jurídicas.

En este marco de análisis, las cuestiones éticas que pueden quedar comprometidas en la implementación de la Cooperación Eficaz, en nuestro criterio, son las siguientes:

1. El valor de la dignidad humana funda toda acción del Estado, en consecuencia, la información que brinda el cooperador debe ser libre y voluntaria, sin que sea admisible ningún tipo de presión para su obtención. Por lo antes expuesto, se debe aclarar al Cooperador Eficaz un aspecto muy importante que funge de base al reconocimiento de su dignidad humana, el cual es una conquista del iluminismo sobre el sistema inquisitorial, se trata del derecho de las personas a no auto incriminarse o declarar en contra de sí misma, basado en el artículo 77 numeral 7 letra c de la Constitución de la República del Ecuador (2008), lo cual es una legítima afirmación del derecho a la defensa y a la presunción de inocencia en una

democracia, además de un limitante frente al ius puniendi del Estado, limitando así su poder.

2. Otro aspecto ético se sustenta en el ejercicio del derecho a la defensa. Es así como, el fiscal tiene la facultad de reunirse con el cooperador y la obligación moral de asegurar la presencia de su abogado, quien durante todo el proceso asesorará al mismo para evitar que se conculque alguno de sus derechos; tomando en consideración que el Ministerio Público, en el proceso de corte adversarial, se convierte en garante del cumplimiento de los derechos del debido proceso en el ejercicio legítimo del poder punitivo.

3. El testimonio debe proporcionar las pruebas pertinentes para la solución del caso, para desarticular las bandas, para evitar nuevas infracciones penales, es decir, estrictamente para los fines que ha dispuesto el Estado, en salvaguarda de la paz y seguridad ciudadana, con lo cual no se admite este tipo de acuerdo para avalar la inacción del Estado, quien es el ente encargado legal y moralmente de producir la prueba y derribar la presunción de inocencia que le asiste al procesado.

4. Como un factor clave de la estructura del Estado le corresponde la carga de la prueba al Fiscal del Ministerio Público, quien debe comprobar la veracidad de la información proporcionada, con lo cual éticamente debe dar reconocimiento al aporte realizado (en caso de que lo hubiere), contribuyendo con pesquisas adicionales a soportar el testimonio con otros elementos que servirán de base a las reducciones señaladas en la ley.

5. El cooperador deberá ser compensado con los beneficios que dicta la ley; en proporcionalidad con el grado, el nivel y la calidad de la aportación al proceso, con lo cual este acto de compensación debe estar revestido de una absoluta postura ética y honesta de quienes ponderen la declaración.

6. *Una garantía que soporta el valor ético del uso de esta institución es el control que ejerce el juez quien está llamado a velar por la legalidad de los mismos, en el decurso del proceso. Será entonces la información y datos obtenidos, principalmente, a través del testimonio los que llevarán al juez a administrar justicia de manera íntegra; convirtiéndose en un imperativo ético de su parte la determinación de que los medios probatorios valorados son pertinentes, veraces y legales, como lo expresa Cafferata (2001).*

Todos estos elementos surgen de la decantación de una serie de principios que la doctrina ha instrumentado en favor del uso de esta especial técnica de investigación, el cumplimiento de los mismos, permitirá como lo asegura Cueva (2017), que la institución se convierta en un gran aporte a los procesos penales, ya que permite cumplir los fines del Estado, con un uso racional de los escasos recursos investigativos, y con una mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada.

Conclusiones

El Ecuador, a partir de la promulgación de la Constitución de la República en el año 2008, garantiza el respeto a los derechos humanos fundamentales, a la igualdad formal y material de las personas, y de todos los sujetos de derechos que hoy reconoce, pero también proclama la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita en el marco del debido proceso, apuntando a la seguridad jurídica; mediante reglas claras que, encuentran su fundamento en la Carta Política, los instrumentos internacionales y las leyes, disponiéndose como un objetivo común el proceso como un medio para la realización de la justicia y la paz y seguridad ciudadana.

La política criminal, como conjunto de medidas creadas por el gobierno para hacer frente al crimen, a pesar del tinte represivo que la caracterizan, deben estar encaminadas al respeto por los derechos humanos sin menoscabo de la dignidad del hombre, por lo que antes de adoptar cualquier institución, ilustra Peña (2015) que debe existir un conocimiento

previo de los problemas sociales, políticos, económicos, culturales, que la afectan, aliviando la actuación de los órganos de justicia encargados de su prevención.

En consecuencia, el Estado, al momento de adoptar una institución como la Cooperación Eficaz debe justificar cada una de las medidas y como estas impactaran en la erradicación de la delincuencia o en la disminución de los índices delincuenciales. Es así como se concibe a la Cooperación Eficaz como un mecanismo de lucha en contra de la criminalidad apelando en primer orden a la prevención, resguardando los derechos de las personas que se someten a estas figuras, este es uno de los compromisos asumidos con la comunidad internacional en favor de la justicia y de la seguridad ciudadana.

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.

Si se estiman racionalmente las debilidades de este mecanismo expuestas de manera precisa, se podrían adoptar algunas medidas para minimizarlas, entre estas, se debe acreditar de forma fehaciente que la declaración sea libre y espontánea aun cuando, a posteriori, se genere la recompensa o beneficio. Con base en esto, la información que aporta el cooperador debe estar amparada en las garantías del debido proceso, para que sea de valor para la justicia y la sociedad, sobre todo si se piensa que la declaración sirve para desarticular organizaciones delictivas o bandas organizadas como las pandillas que infringen la ley dentro y fuera del territorio nacional.

Recomendaciones

Se puede argumentar si este medio de prueba que respalda la cooperación eficaz está legitimado en un Estado Constitucional de derechos y justicia, destacando que ciertamente su utilización está amparada por la norma fundamental ecuatoriana, pero también, es muy recomendable, por los

factores descritos que, los operadores del sistema velen por el respeto de los principios procesales y judiciales a los cuales tienen derecho todos los ciudadanos, asegurándole todas las garantías necesarias a su defensa.

Se recomienda como parte de una política coherente del Estado, la fijación de medidas que sienten las bases para la instrumentación de la cooperación en el proceso penal, toda vez que con esta herramienta los Fiscales podrán obtener de manera legítima los medios de pruebas necesarios para el esclarecimiento del delito, y la desarticulación de las organizaciones criminales (pandillas), desplegando su máximo potencial en la lucha en contra de estas y en contra de la impunidad de sus acciones.

Particularmente, será necesario contar con datos estadísticos que revelen la eficacia de la cooperación, ya que la ausencia de datos sobre su aplicación, y los efectos que genera en este campo compromete el verdadero valor de este tipo de figuras, en este sentido deberán realizarse estudios científicos que permitan conocer su alcance.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, P. (2017). La debida aplicación de la Cooperación Eficaz dentro del Proceso Penal Ecuatoriano. Quito: Universidad Central de Ecuador.
- Acero, L. (2017). La declaración de parte en el Código General del Proceso. Asuntos Legales. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/luis-guillermo-acero-402227/la-declaracion-de-parte-en-el-codigo-general-del-proceso-2549158>
- Asamblea de la República del Ecuador (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador. Diario Oficial. Registro Oficial 180. 10 de febrero de 2014. Primer Suplemento N° 107, del 24 de diciembre de 2019. Estado: Reformado.
- Asamblea de la República del Ecuador (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

- Benigno, E. (2012). Consejo Nacional de Competencias - Senplades Plan Nacional de Descentralización 2012-2015. In Relaciones Internacionales.
- Cafferata Nores, José (2001). La Prueba en el Proceso Penal, Ediciones Jurídicas Times, Bogotá Colombia.
- Carrara, Francesco: Programa de Derecho Criminal, Parte General, Sección III, Volumen III, Bogotá, Editorial Temis, 1993.
- Cueva Carrión, L. (2017). Cooperación eficaz: teoría, práctica y jurisprudencia. Ediciones Cueva Carrión.
- Couture, Eduardo (1951). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Segunda Edición. Argentina: Ediciones Roque Depalma.
- Culzoni. Parra Quijano, J. (2007). Tratado de la prueba judicial: El testimonio. Bogotá: Biblioteca Ref.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trota.
- Framarino Dei Malatesta, N. (2002). Lógica de las pruebas en materia criminal . Bogotá. Colombia: Temis, 4ª edición.
- Montoya, M. (2014). Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Orezzoli, L. (2020). El valor probatorio de la declaración extrajudicial proveniente de la delación compensada y la protección de identidad. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/175808>
- Organización de Naciones Unidas (2000). Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25.

- Ortiz, J. C. (2017). La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3(1), 39. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38>.
- Peña, R. (2015). *Estudios Críticos del Derecho Penal y Política Criminal*. Lima: Legales EIRL.
- Rodríguez Chocontá, O (2012). *El testimonio y su práctica en el juicio oral y público*. Bogotá: Temis S.A.
- Salazar, A. (2016). *La cooperación eficaz*. Santiago de Chile: Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas
- Taboada, A. (2019). *Argumentación de los Acuerdos Expedidos en el Proceso Penal de Colaboración Eficaz*. Pontificia Universidad Católica del Perú Facultad de Derecho. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/15305/RODRIGUEZ_PODESTA_EL_ENSAYO_COMO ESTRATEGIA DIDACTICA PARA DESARROLLAR LA CAPACIDAD DE INTERPRETAR CRITICAMENTE FUENTES DIVERSAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Villalva, G. (2014). *Correcta valoración de la prueba y la motivación en la administración de justicia penal*. Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes.