



Tema central

Impunidad y disuasión criminal del control anticorrupción en Ecuador: el caso de la Comisión Anticorrupción 1998-2008

Impunity and criminal deterrence of control against corruption in Ecuador: The case of the Anticorruption Commission 1998-2008

Cielito Berenice Olivo Espín¹

Fecha de recepción: febrero de 2016.

Fecha de aceptación: marzo de 2016.

Resumen

La eficiencia de la política de control de un Estado tiene la doble tarea de generar incentivos adecuados en los agentes públicos y privados, que los disuadan de cometer actos ilícitos, sin descuidar el ejercicio de un nivel óptimo de control (Polinsky y Shavell 2007), que minimice el costo social del delito². La teoría económica del comportamiento criminal propone su abordaje, a partir de criterios de elección racional, relativos a las preferencias estables de los agentes y sus incentivos hacia un comportamiento ilícito, sin consideraciones de categoría moral. El modelo teórico de disuasión criminal (Becker 1968) relaciona los posibles incentivos de los agentes, respecto de la capacidad de disuasión de los sistemas de control y la percepción de eficiencia de su funcionamiento, lo que permite contar con información para un análisis predictivo sobre el comportamiento estratégico de las personas y establece parámetros para el análisis de las políticas de control, a partir de una perspectiva económica. El artículo formula un ejercicio de aplicación del modelo teórico de disuasión criminal (Becker 1968) para la actividad de control de la corrupción, a partir del caso de la Comisión Anticorrupción de Ecuador, en el período 1998-2008.

Palabras clave: corrupción, disuasión, comportamiento, criminal, políticas, racional, incentivos.

Abstract

The efficiency of the control policy of a State has the dual task, to provide appropriate incentives in the public and private agents, which deter unlawful acts, without neglecting an optimal level of control (Polinsky and Shavell 2007), that minimizes the social cost of criminal activity. The economic theory of criminal behavior proposes its approach, based on criteria of rational choice concerning stable agent preferences and incentives to unlawful conduct, disregarding moral aspects. The theoretical model of criminal deterrence (Becker 1968) lists the possible incentives for agents, regarding the deterrence capability of these control systems and the perceived efficiency of its operation, thus providing information for predictive analysis on the strategic behavior of individuals and establishes parameters for the analysis of control policies, from an economic perspective. This paper proposes an application of the theoretical model of criminal deterrence (Becker 1968) for corruption control, based on the case of the Anti-Corruption Commission of Ecuador, in the period 1998-2008.

Keywords: corruption, deterrence, behavior, criminal, policies, rational, incentives.

¹ Abogada por la Universidad Católica del Ecuador (2003). Máster en Derecho, Economía y Políticas Públicas, por el Instituto Universitario José Ortega y Gasset de Madrid; Máster en Políticas Públicas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Sede Ecuador; y PHD en Economía e Instituciones, por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Fue parte del equipo de técnico de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción de Ecuador, en el período 1998-2008. Designada experta gubernamental del Ecuador para el proceso de implementación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en el año 2013. Correo: cielito_olivo@hotmail.com

² El costo social del delito equivale a la suma del daño que causa y el costo de perseguirlo.

Introducción

La economía del delito aporta a la política criminal desde el análisis económico del comportamiento humano, donde se considera la acción humana como una categoría que persigue fines, metas y objetivos (Von Mises 2001), relativa a logros intermedios y fines últimos. La teoría económica busca dilucidar el proceso racional de las personas que eligen infringir la ley, como un medio para la obtención de sus fines, a pesar del riesgo de la aplicación de la sanción penal. En las prácticas ilícitas, como es el caso de los delitos de corrupción, se produce lo que Adam Smith denominó la existencia de desavenencias entre el deseo individual y las normas sociales (Levitt y Dubner 2007), donde se producen algunas relaciones: (1) la pérdida de la función reguladora del comportamiento de las normas sociales, lo que se explica conceptualmente a partir de la teoría de la anomia; y, (2) la presencia de “acuerdos sociales implícitos”, que por su naturaleza y conformación no pueden considerarse normas sociales, mas por su nivel de ejecución, pueden constituir prácticas toleradas, a pesar de ser sancionadas por el derecho y socialmente.

La pérdida de la función reguladora de las normas devela el peso de los incentivos racionales y las preferencias reveladas en el comportamiento de las personas, lo que justifica la importancia del análisis racional del comportamiento humano, en la formulación y evaluación de las políticas públicas, como parte de un proceso de evaluación de la capacidad disuasoria de los instrumentos de control que aplica el Estado. La teoría de la regulación señala que las normas jurídicas como instituciones de la estructura del Estado, contienen estructuras de incentivos externos a la conducta individual, encaminadas a conducir el com-

portamiento individual hacia el socialmente deseado, mediante el sistema coercitivo y sancionatorio. Sin embargo, el riesgo de la pérdida de la función reguladora de las normas, nos conduce a la pregunta del ¿por qué? de este comportamiento, dadas las restricciones que implican la ilicitud de esta clase de actos. La teoría económica aporta al análisis de esta pregunta de investigación, a partir del estudio de la racionalidad de quienes eligen cometer actos de corrupción.

Becker parte del criterio de que quienes delinquen también actúan en función de sus condiciones socioeconómicas (Eide, Rubin y Shepherd 2006, 11), lo que genera que su decisión sea la mejor que pueden tomar, a partir de sus deseos y preferencias, pues permiten a las personas la maximización de su función de utilidad (Stigler y Becker 1990). La ciencia económica reformuló la forma de entender la utilidad y procuró depurarla de los estados mentales de los sujetos, convirtiéndola más bien en una medida de la preferencia y que a fin de desligarlo aún más de toda connotación introspectiva, se denominó *preferencia revelada*, noción que se origina en la teoría del consumo y la racionalidad práctica.

La investigación realiza un ejercicio de aplicación de la teoría económica del comportamiento criminal, para la actividad de control de la corrupción, a partir del caso de la Comisión Anticorrupción de Ecuador en el período de 1998-2008, proceso que se estructura en cuatro secciones: en la primera sección se revisa el planteamiento del modelo teórico de disuasión criminal, a partir de los postulados de Gary Becker. En una segunda sección, se ubica el contexto de Ecuador en el período de actividad de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (CCCC) y los

resultados del juzgamiento y sanción de actos de corrupción investigados por la Entidad en el período de 1998-2008, datos a partir de los cuales se aplica el modelo de Becker al control anticorrupción. En un tercer acápite, a partir de la revisión de sentencias por el delito de corrupción denominado peculado, se establecen relaciones posibles entre los resultados del juzgamiento y los elementos teóricos de la economía del delito. En la cuarta sección se formulan las conclusiones del trabajo.

El modelo teórico de disuasión criminal: variables y supuestos

La investigación parte del cuestionamiento sobre ¿cuál es el grado de racionalidad y disuasión de los mecanismos de control de la corrupción que aplica el Estado, respecto del comportamiento de los agentes?, cuya respuesta se relaciona con el planteamiento teórico del modelo de disuasión criminal (Becker 1968) y con la teoría del *Public Enforcement in Law*, sobre el funcionamiento óptimo del sistema de control (Polinsky y Shavell 2007). Los seres humanos considerados como sujetos económicos se describen a partir de un conjunto de creencias, deseos o preferencias³, quienes a partir de las restricciones externas, disponen de un conjunto de estrategias posibles (Di Castro 2002). En este sentido, el análisis económico de la política criminal busca

3 Las condiciones para que una preferencia sea racional se relacionan con la completitud, transitividad, monotonicidad y continuidad, último elemento que se refiere a la posibilidad de medir la intensidad de las preferencias), desarrollo teórico que se observa en obras de varios autores, tales como: Luce y Raiffa (*Games and Decisions*, capítulo 2), Gutiérrez (Ética y decisión racional, capítulo 4), Resnik (*Choices*, capítulo 4) o Gauthier (La moral por acuerdo, pp. 63 – 71) (tomado de Del Río de Angelis 2007, 15).

identificar los posibles incentivos racionales para el comportamiento de los agentes y las restricciones que genera el Estado para disuadir el cometimiento de actos ilícitos.

En cuanto a los incentivos, estos pueden ser económicos⁴, sociales y morales, entre los que se pueden mencionar: (1) riqueza, bienes y recursos materiales o servicios; (2) poder o capacidad para influir en otros; y, (3) reconocimiento, autoestima o autovaloración (Stigler y Becker 1990, 214). Las restricciones son aquellas que influyen en el comportamiento humano y que pueden formar parte de la función de utilidad del individuo (Eide, Rubin y Shepherd 2006), las que pueden ser institucionales, sociales y económicas⁵. El modelo teórico de disuasión criminal considera el análisis de las restricciones que incorporan las sanciones penales, como mecanismos de disuasión, los que implican para el infractor un costo que se expresa en un valor esperado (CE):

Modelo de disuasión criminal

$$CE = p \cdot f$$

Costo esperado del delito (CE) Vs Beneficios (Y)

El costo esperado del delito se calcula teniendo en cuenta la sanción o multa (f) y la percepción subjetiva de las personas sobre la probabilidad de ser sancionados (p)⁶. Con-

4 Los incentivos económicos de los agentes se pueden interpretar a partir de un modelo de asignación de recursos y búsqueda de rentas, donde se observa que la rapidez en la obtención y la cantidad de los recursos, puede ser la preferencia del agente.

5 En la presente investigación no se analizan las restricciones económicas, pues se considera que las personas que se disuaden de cometer actos de corrupción por restricciones presupuestarias, no constituyen un riesgo para el sistema de control.

6 La probabilidad de sanción tiene una relación elevada con los precedentes sentados para casos análogos y la actitud de las partes frente a esta información.

forme el modelo, esta relación implica un costo esperado para el individuo, donde los disuadidos son quienes obtienen un beneficio menor o igual al costo esperado y las personas que delinquen son quienes obtienen un beneficio mayor. El modelo plantea una función de utilidad esperada, que orienta al análisis predictivo sobre las posibles decisiones de los agentes, para maximizar su bienestar individual, que se obtendría conforme la siguiente función:

$$E[U] = pU(Y - f) + (1 - p)U(Y)$$

U es la función de utilidad individual, p es la probabilidad subjetiva de ser descubierto y sancionado, Y es el valor de la satisfacción que genera el acto de corrupción (con un equivalente monetario) y f es el equivalente monetario de la pena. Bajo los supuestos de este modelo, el agente cometerá la ofensa si la expectativa de su utilidad es positiva; y se abstendrá de hacerlo si es negativa⁷. Becker señala que si la elasticidad de la utilidad esperada respecto a la probabilidad de castigo, supera la elasticidad de la utilidad esperada respecto de la sanción en valores absolutos, los agentes actuarán con una tendencia marcada al riesgo “*risk lovers*”. Por tanto, la probabilidad y severidad de la sanción son adecuadas para disuadir a personas adversas al riesgo, con grados menores de disuasión respecto de los denominados amantes del riesgo.

⁷ Esta relación también fue señalada por Stigler (1971) que describe la relación como “la respuesta óptima de agentes maximizadores de utilidad, en condiciones de incertidumbre ante las alternativas representadas, tanto por el total de beneficios y costos derivables de las actividades, legales e ilegales, que un sujeto puede emprender, como por el riesgo de detención y condena en el caso de comisión de delitos”.

Aplicación del modelo de disuasión al control de la corrupción pública

La corrupción pública como comportamiento humano se considera el resultado de una interacción donde “un agente investido de autoridad toma una decisión respecto de un ciudadano o persona jurídica privada o pública, de forma que tal decisión genera para el agente (o para una organización, partido o círculo al que pertenezca el agente) —a través de una transferencia de recursos del sector público o del privado— una ganancia personal. De esta forma la función pública es convertida ilícitamente en una fuente de enriquecimiento privado”. La corrupción es una “conducta que se desvía de los deberes formales de un cargo público a causa de ganancias (pecuniarias o de status) de tipo privado (personal, familiar o de grupo)” (Laporta 1997). El comportamiento descrito ubica a esta actividad ilícita como una actividad donde predomina la orientación del comportamiento ilícito hacia la obtención de rentas, supuesto del que se parte para la aplicación del modelo, en cuanto al análisis de incentivos de los agentes.

La investigación parte de la hipótesis de que una estructura institucional débil, tanto en cuanto al funcionamiento de la Administración Pública, como respecto de la efectividad de las instituciones de control y sanción, promueve incentivos racionales hacia la corrupción, no únicamente para los grupos de criminalidad organizada, sino para los diferentes actores de la sociedad como consecuencia de una deficiente prestación de los servicios públicos y el incremento de los niveles de utilidad que genera recibirlos oportunamente, frente a una baja probabilidad de sanción. El análisis de caso se realiza con una serie de datos sobre la acción de control anticorrupción

en Ecuador, a partir de los resultados de la gestión de la CCCC en el período constitucional de 1998. La Comisión se crea a partir de la Constitución de 1998, en el macro contexto de la transición democrática del Ecuador, que se produce a partir de 1978.

El contexto del Estado ecuatoriano en el período de creación y funcionamiento de la CCCC se ubica en una crisis institucional, económica, política y social, relacionada con grandes escándalos de corrupción pública, la caída del sistema financiero ecuatoriano, movilización y protestas ciudadanas, acompañadas de caídas presidenciales sucesivas, situación que perfiló a la Comisión Anticorrupción como una entidad de control, autónoma y de composición ciudadana, integrada por representantes de organizaciones de la sociedad civil. La dinámica democrática está marcada por una suma de hechos coyunturales y conflictividad política y social, que desencadena en tres caídas presidenciales: Bucaram en 1997, Mahuad en el 2000 y Gutiérrez en 2005; y, un nuevo proceso constituyente, que da origen a la Constitución de 2008. Esta coyuntura ubica al Ecuador en el contexto Latinoamericano, como parte de la emergencia de democracias estables con gobiernos inestables.

Conforme el trabajo académico de Pérez-Liñán (2008), la variable dependiente del estudio se conforma por las interrupciones presidenciales en Latinoamérica, que se explica a través de indicadores institucionales, de movilización popular de protesta con una variable de control económica. Las variables independientes que se incluyen en el modelo son: la interacción, entre el tamaño del partido de gobierno en el Congreso y el tamaño de la protesta social, para capturar la dinámica de las coyunturas históricas en las que condiciones institucionales y sociales se potencian o se cancelan mutuamente.

Los factores explicativos señalados por el autor combinan aspectos institucionales y neoinstitucionales. Sobre los segundos se evidencian los siguientes:

- El análisis de factores sociales relativos a la movilización social y el rol de la protesta popular y los movimientos sociales en la caída de los gobiernos presidenciales, como factores que han logrado desplazar a los militares como fuerza capaz de imponer la salida de un Presidente.
- Conceptualización de la contingencia: elemento que se relaciona con la existencia de coyunturas críticas en los casos de estudio, las que se interpretan como “pequeños eventos y decisiones personales sin mayor relevancia teórica parecen, en circunstancias críticas, tener un peso decisivo en el curso de los acontecimientos” (Pérez-Liñán 2008, 117). Hechos entre los que se mencionan el asesinato de manifestantes en la Presidencia de Duhalde, así como la formación de una coalición callejera contra Gutiérrez a partir de la transmisión de la Radio La Luna en Ecuador.
- Otros factores, tales como la intervención de medios de comunicación, condiciones económicas y la presencia de escándalos de corrupción.

Juzgamiento y sanción de actos de corrupción en Ecuador: el caso de la CCCC

A partir de la estructura propuesta por el modelo de Becker, se analizó la información institucional de la extinta CCCC, conforme los posibles nudos críticos que componen la variable probabilidad de sanción, en el caso

del control: las denuncias recibidas e investigadas (detección) y los casos en los que se inició el proceso penal y se emitió sentencia (juzgamiento y sanción). En cuanto al proceso de recepción de denuncias ciudadanas e investigación de posibles actos de corrupción, la Comisión tramitó 5430 denuncias, desde enero del 2000 a julio de 2008, de las cuales luego del proceso técnico de admisión e investigación, se obtuvieron elementos suficientes para la determinación de indicios de responsabilidades penales, civiles o administrativas, respecto de 462 casos, los que fueron remitidos a las autoridades competentes de su juzgamiento y sanción⁸. Los casos investigados por la CCCC llegan a conclusiones sobre indicios de responsabilidad civil y administrativa, en un 73.89%⁹; y en un 26.11% sobre indicios penales, que equivalen a 270 casos que fueron remitidos al Ministerio Público, para el inicio del proceso de juzgamiento.

De los 270 casos con indicios de responsabilidad penal, remitidos al Ministerio Público, en 83 se inició un proceso penal (31%) y en 187 recomendaciones no se inició el proceso (69%)¹⁰, dado que los informes técnicos

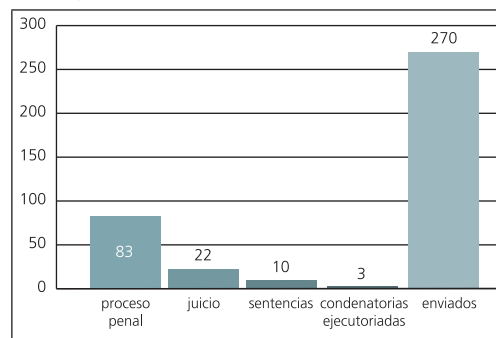
8 De los 462 casos, se desprende una suma de 1034 conclusiones relativas a indicios de responsabilidad penal, civil o administrativa, dado que en un caso pueden presentarse los tres niveles de responsabilidad; o a su vez pueden presentarse dos o más tipos diferentes de responsabilidad penal.

9 Los indicios en materia civil y administrativa fueron remitidos a la Contraloría General del Estado en un 18.8%, a la Corporación Aduanera Ecuatoriana en un 8.9%, a diferentes Ministerios de Estado en un 8.5% y a otras entidades como el SRI, Petroecuador, la Procuraduría General del Estado, la Presidencia de la República, Superintendencias y Gobiernos Seccionales, en un 37.7%.

10 De los 187 casos remitidos al Ministerio Público: 102 fueron archivados en la fase de indagación previa; 10 se encontraban con una solicitud de desestimación en consulta y 75 en trámite de indagación previa, durante un plazo mayor al establecido en la norma procesal, esto es 1 año en los delitos sancionados con prisión y 2 años en los delitos sancionados con reclusión.

de la Entidad no tenían carácter vinculante para el Ministerio Público. Este elemento de diseño institucional generó la duplicación de los procesos de investigación, dada la facultad del fiscal (Art. 215 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano) de investigar los hechos que hayan llegado a su conocimiento, en una fase de indagación previa, lo que restó efectividad a la labor de control del organismo anticorrupción¹¹. De los 83 casos en los que se inició un proceso judicial, a través de la correspondiente instrucción fiscal, hasta el 2008, un total de 22 llegaron a etapa de juicio y en 10 casos se dictó sentencia (2,7%), de las cuales únicamente tres fueron condenatorias ejecutoriadas.

Gráfico 1. Resultados de juzgamiento de casos por la CCCC. Período 1998-2008



Fuente: CCCC, documento Corrupción e Impunidad 2008.

Por los resultados de la acción de control de la CCCC, la aplicación del modelo se realiza bajo el supuesto de percepción de impunidad, elección que permite evidenciar la importan-

11 El diseño institucional del organismo que asumió las atribuciones de control anticorrupción, a partir de la Constitución de 2008, que es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), establece que los informes de este nuevo organismo pueden dar origen a un proceso de juzgamiento, en el cual, el Consejo es parte procesal para la defensa de sus informes.

cia que juega el factor reputación o nivel de confianza en el sistema judicial, en la percepción subjetiva de sanción y por tanto en la disuasión del sistema de control en su conjunto.

Modelo de disuasión de la corrupción pública en percepción de impunidad

Para la aplicación del modelo se parte de la delimitación del entorno del juego: jugadores, estrategias y pagos, los que se suponen referidos a una relación de prestación universal de servicios públicos¹² y el cálculo de las variables beneficio (Y), sanciones (f) y probabilidad de sanción (p). El *entorno del juego* quedaría establecido de la siguiente forma:

Jugadores: los particulares que interactúan con el ámbito público como receptores de servicios públicos (J1) y los burócratas o autoridades públicas (J2).

Estrategias: (1) los jugadores podrán obtener el servicio cooperando legalmente o en corrupción; y, (2) los jugadores podrán obtener beneficios adicionales (Y), si deciden realizar actos de corrupción.

Pagos: los pagos aplicables al juego se obtienen de la función de utilidad esperada planteada por Becker. Estos valores provienen de la relación entre el valor de la satisfacción que genera el acto de corrupción para cada uno de los agentes Y1, Y2, el costo de incurrir en corrupción de cada jugador f_1 y f_2 ¹³; y la probabilidad subjetiva de utilidad pU, que se relaciona con la aplicación eficiente de las reglas de respon-

sabilidad y de los mecanismos de sanción; y por tanto, se relaciona con la utilidad esperada del modelo E[U].

Supuestos del juego:

- La relación entre los agentes obedece a la prestación de servicios públicos de acceso universal, lo que excluye relaciones contractuales. En la prestación de servicios públicos la obtención del bienestar en condiciones normales es recibida por el agente privado J1, por ser el destinatario del servicio público, el que puede obtenerse con o sin corrupción. El incentivo del agente público J2 se produce con presencia de acuerdos en corrupción y su beneficio incrementa en un esquema de juego repetido.
- En caso de ser descubiertos en el cometimiento de actos de corrupción, los agentes asumen el coste de la sanción impuesta por el sistema de control.
- En caso de acuerdo legal el coste de sanción equivale a cero.
- Los jugadores perciben niveles de satisfacción y costos diferenciados.
- En caso de no ser descubiertos, los agentes que incurren en corrupción reciben efectivamente la satisfacción Y.
- Existe una percepción de impunidad por parte de los agentes, respecto del funcionamiento de la Administración de Justicia.
- Neutralidad en la actitud ante el riesgo. Refleja un nivel de equilibrio e indiferencia racional en las elecciones, como consecuencia del efecto renta y sustitución, mientras que en el caso de los “*risk lovers*”, el efecto sustitución entre el aumento de la gravedad de la sanción y el cometimiento de actos de corrupción es indeterminado; en tanto, que en el caso de los adversos al

12 Se excluye del análisis a las relaciones contractuales públicas, pues al no ser relaciones de acceso universal, como es el caso de los servicios públicos, la aplicación del modelo requiere una formulación diferente.

13 La variable “f” representa a la variable denominada sanción, denominada en inglés f (fine) conforme el modelo de Becker.

riesgo, la gravedad de la sanción tiene un mayor efecto disuasorio.

El análisis de los pagos de la función de utilidad individual del agente privado J1 y del agente público J2, se calculan a partir de información simplificada que permita verificar el funcionamiento del modelo¹⁴, conforme la siguiente función de utilidad esperada:

$$E[U] = pU(Y - f) + (1 - p)U(Y)$$

* La sanción f (fine) se considera constante pues se encuentra determinada previamente por la Ley.

Para el cálculo de la probabilidad subjetiva de sanción p — se toman los resultados de la investigación de casos de la CCCC en el período 2000-2008, mediante la relación entre el número de casos con indicios de responsabilidad penal, remitidos al Ministerio Público 270, con las sentencias condenatorias existentes 3 (probabilidad de sanción (p) = Sentencias condenatorias/Conclusiones de responsabilidad penal). Las cifras del caso, se consideran un supuesto de baja probabilidad de sanción. Se determina que el agente privado y el público reciben el máximo nivel de control, por tanto $p_1 = p_2$.

El modelo de disuasión de Becker aplica la incidencia de la probabilidad de Utilidad pU , en la expectativa de utilidad esperada $E[U]$. Para su cálculo matemático, el modelo utiliza la probabilidad de sanción p ; pues de ocurrir un acuerdo entre los jugadores se contemplan dos opciones de ocurrencia: (1) que el resultado sea una utilidad pU ; y (2) que la consecuencia sea una sanción pf . Al ser la pU y la

pf las dos únicas posibilidades de resultado en acuerdo de corrupción, tenemos que $1 = pU + pf$, por tanto, la probabilidad subjetiva de utilidad pU equivale a “ $1 - pf$ ”, conforme la siguiente ecuación $pU = (1 - pf)$.

El beneficio que genera el acto de corrupción (Y)- se calcula a partir del ingreso monetario, por lo predominante de los incentivos de este comportamiento ilícito hacia la obtención de rentas. El planteamiento teórico del modelo considera tanto el ingreso monetario como el nivel de satisfacción psicológica que logra el agente con el comportamiento ilícito con un equivalente monetario; a fin de simplificar la aplicación del modelo, se prescinde del cálculo del factor psicológico. Los agentes pueden incurrir en corrupción a fin de aumentar su utilidad esperada teniendo en cuenta el costo de oportunidad que le puede generar el trámite legal o el cumplimiento de las reglas, por lo que es una alternativa priorizar la obtención de un beneficio presente frente a un beneficio futuro (descuento hiperbólico del futuro). En este sentido, el juego cooperativo en corrupción estaría definido con total precisión por la distribución de los pagos (efecto renta) en función de las restricciones que puede generar el sistema de control.

La Y se calcula en términos de la cuantía de corrupción o monto del soborno (CC) ($CC=Y$), por ser el costo máximo referencial que está dispuesto a pagar el agente privado (J1) para obtener el servicio ilícitamente, ya que considera que le deja un margen de bienestar o remanente monetario; por tanto, la cuantía de corrupción es inferior al bienestar que espera recibir mediante la práctica ilícita; y respecto del jugador público (J2), su satisfacción adicional se refleja en el valor del soborno o cuantía de corrupción que recibe.

14 El objetivo de este trabajo es la verificación del funcionamiento del modelo, a fin de validar la aplicación de su metodología, para el análisis de políticas públicas, a partir de lo cual es posible la aplicación de series de datos y mecanismos de cálculo más refinados.

En el ejercicio se parte del supuesto de que $Y1=Y2$. El valor de la cuantía de la corrupción para el delito de cohecho se obtiene de los resultados de Transparencia Internacional, en la Encuesta Nacional de Corrupción y Buen Gobierno del Ecuador de 2007.

La encuesta concluye que los usuarios privados asumieron un costo promedio de 177,70 dólares americanos, por pago de sobornos, por el acceso a servicios públicos. En cuanto a la equiparación del valor del beneficio con el monto del soborno o cuantía de la corrupción $CC=Y$, cabe diferenciar el costo del trámite, de la cuantía de la corrupción. El Costo del Trámite es el relativo a la obtención del servicio público legalmente y puede también ser 0 para quien lo percibe, pues existen servicios públicos gratuitos. Cabe aclarar que la prestación del servicio público siempre tiene un costo, el mismo que está externalizado ya que es asumido por el Estado. Sanción (f).- los niveles de sanción son diferenciados en el caso del jugador 1 y 2, con mayor cantidad de agravantes en el caso del comportamiento del agente público, por tanto $s2>s1$.

Esta relación diferenciada se calculó a partir del costo de la sanción, teniendo como referencia la sanción del delito de cohecho, contenida en el artículo 285 del Código Penal ecuatoriano (ver Anexo I), vigente hasta el 2014, que establecía la sanción mínima de prisión de 6 meses y multa de 8 dólares americanos¹⁵; valor que se suma a la cuantía

15 Para el cálculo de la sanción se multiplica el número de meses de prisión (NP) por el valor mensual de la remuneración estimada W más la multa establecida por norma, valor al que se adiciona la cuantía de la corrupción CC, que en el caso de agente público se duplica.- $f1=(NP*W+m) + CC$; $f2=(NP*W+m) + (CC*2)$. $f=(NP+W)$. La remuneración mensual se estima en 817 dólares americanos, que equivale a un salario promedio de un servidor público 1, este valor se toma a partir de la escala salarial de Ecuador al 2015; y se equipara para J1 y J2.

de corrupción (CC) para el cálculo de la sanción del agente privado (J1), pues es un valor que paga injustificadamente; y que para efectos del cálculo en el caso del jugador 2, se le adiciona el duplo de la cuantía de corrupción (CC), pues la norma penal establece la obligación de restituir el duplo de lo que hubiere percibido. La percepción subjetiva de que la sanción sea efectivamente aplicada, afecta el optimismo de los agentes para incurrir en corrupción, factor que se incorpora al modelo a partir de la probabilidad subjetiva de impunidad (pfl). Dado que los resultados del juzgamiento en el caso suponen la existencia de impunidad en el sistema, para el ejercicio se asume que la percepción subjetiva de que se aplique la sanción equivale a la probabilidad de sanción que evidencia el sistema de control, por tanto $pfl=p$.

Tabla de datos

Denominación	Jugador 1 Privado	Jugador 2 Público
Probabilidad de sanción (p)*	0,01	0,01
Probabilidad de utilidad pU**	0,99	0,99
Probabilidad subjetiva de sanción, en supuesto de impunidad pfl (se asume a $p=pfl$)	0,01	0,01
Satisfacción por Corrupción (Y)***	Y1=177,70	Y2=177,70
Sanción (f)****	f1= 5087,7	f2= 5265,4

*Probabilidad de sanción (P) = Sentencias condenatorias (3)/

Conclusiones de responsabilidad penal (270); $P=3/270=0.01$

** $pU = (1 - p)$ entonces $pU = (1 - 0,01)$

***Y= CC. Cuantía Corrupción CC = 177,70 USD

**** $f1=(NP*W+m) + CC$. Por tanto $f1 = (6*817+8)$

$+177,70=5087,7$; y, en el caso de $f2=(NP*W+m) + (CC*2)$.

Por tanto $f2 = (6*817+8) + (177,70*2) = 5265,4$.

Utilidad esperada: $E[U] = pU(Y - f^*pf) + (1 - p)U(Y)$	
Jugador 1 Agente Privado	Jugador 2 Agente Público
$E[U]1 = pU(Y - (f1 * pf)) + (1 - p)U(Y1)$ $E[U]1 = 0,99*(177,7 - (5087,7*0,01)) + (1 - 0,01)*177,7$ $E[U]1 = 301,4$	$E[U]2 = pU(Y - (f2 * pf)) + (1 - p)U(Y2)$ $E[U]2 = 0,99*(177,7 - (5265,4*0,01)) + (1 - 0,01)*177,7$ $E[U]2 = 299,7$

Las ecuaciones aplicadas permiten calcular la utilidad esperada de realizar un acto de corrupción para los dos jugadores, mediante la relación de pagos que genera la utilidad esperada por cometer el delito, respecto de la percepción subjetiva del agente de que se le aplique la sanción. En el ejemplo se observa que la utilidad es positiva, lo que implica que existen incentivos racionales para incurrir en corrupción, dado que se articulan varios incentivos simultáneamente: una sanción leve, una baja probabilidad de sanción del sistema y una baja percepción subjetiva de los agentes de que la sanción les pueda ser aplicada efectivamente.

Dado que el modelo de Becker se basa en el *“free will”* de optar por cometer o no un acto ilícito, que se percibe genera una utilidad esperada, los jugadores también pueden optar por realizar el trámite legalmente y así dejar de percibir la utilidad esperada adicional. Desde esta perspectiva el agente público recibiría únicamente la remuneración $W1$, mientras que por su parte el agente privado recibe el bienestar del servicio, aunque no sea oportunamente. Sin embargo, según criterios económicos, en este supuesto los agentes pueden tener una percepción subjetiva de pérdida, debido a que su función de utilidad esperada también depende de la probabilidad p , por consiguiente tienen un costo de oportunidad que se refleja como una expectativa de pérdida $E[p]$, cuyo valor es equivalente a la

utilidad esperada por corrupción $E[p] = E[U]$. Esta utilidad que se deja de percibir evidencia el incentivo que tendrían los agentes para realizar actos de corrupción cuando se percibe la existencia de una probabilidad de sanción p mínima y niveles de sanción inadecuados, por lo que se concluye que en el caso de estudio, los incentivos no fueron adecuados para la disuasión del comportamiento ilícito.

Simplificando el análisis del modelo de Becker se obtiene que a mayor probabilidad subjetiva o percibida de sanción, menor es la utilidad esperada. Entonces, el acuerdo de corrupción puede arrojar pagos negativos (pérdida), lo que implica que las políticas de control deben generar incentivos para que la probabilidad subjetiva de sanción sea mayor al punto de indiferencia de los agentes, que es aquel en el que pueden comportarse racionalmente indiferentes frente a la posibilidad de corrupción, nivel que puede considerarse como el nivel óptimo de funcionamiento del sistema de control. El comportamiento ilícito, a partir de acuerdos de corrupción, constituye un juego cooperativo en el que los participantes pueden comunicarse y negociar una solución óptima mutua *–información perfecta–*, que se traduce en la obtención del beneficio con pagos individuales superiores para cada uno de los agentes, relación de pagos en la que se observa que la ganancia del agente público se incrementa en función del volumen de operaciones en las que interviene, por lo que el óptimo para el agente público es un esquema de juego repetido, situación que se fomenta en un contexto de percepción de impunidad. Si partimos de la corrupción como juego repetido en un contexto de impunidad, estamos ante una estructura de servicios y precios que puede asimilar a las transacciones de corrupción pública, con aquellas que se desarrollan en un mercado.

Resultados del juzgamiento y nivel óptimo del control

La teoría del “*Public enforcement of law*” relaciona los tipos de sanciones que puede establecer el Estado y la incertidumbre del comportamiento de los agentes, con la necesidad de la política criminal de maximizar el bienestar social, a partir del ejercicio del nivel óptimo de control. Para la ubicación referencial del estado de juzgamiento de delitos de corrupción en el Ecuador se parte de la Constitución ecuatoriana de 1998, que señala los siguientes delitos de corrupción pública: cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. Durante el período 2009-2012¹⁶, se observa que el delito de corrupción con mayor nivel de actividad judicial, en cuanto a la investigación, juzgamiento y sanción, es el delito de peculado (ver Anexo II), con un total de 152 sentencias condenatorias.

Tabla 1. Delitos de corrupción iniciados y sentenciados en Ecuador Período 2009-2012

Delito	Nº indagaciones previas “NIP”	Nº Sentencias condenatorias “NSC”
Peculado	1841	152
Cohecho	343	16
Concusión	388	12
Enriquecimiento Ilícito	200	1
Total	2772	181

Fuente: Elaboración propia, a partir del Informe del Ecuador. 2013. Cuarta Ronda de Análisis del MESICIC.

16 Informe del Ecuador dentro de la Cuarta Ronda de Análisis sobre la aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA).

A partir de las cifras disponibles sobre el juzgamiento del delito de peculado y sus resultados sobre la investigación procesal por parte del Ministerio Público (D), en relación con el inicio de procesos judiciales por parte de los juzgados y Cortes de Justicia, mediante el inicio de la instrucción fiscal (J) y su posterior sentencia (S), se observa una reducción elevada y progresiva del número de casos en las diferentes etapas del proceso, conforme el siguiente detalle:

Tabla 2. Resultados juzgamiento delito de peculado

Etapas Procesal	2009	2010	2011	2012	Total
Indagación previa (D)	586	492	352	411	1841
Instrucción Fiscal (J)	177	130	78	65	450
Sentencias Condenatorias (S)	26	47	30	49	152

Fuente: Elaboración propia, a partir del Informe del Ecuador. 2013. Cuarta Ronda de Análisis del MESICIC.

Múltiples factores pueden explicar esta reducción progresiva de casos, en las diferentes etapas del control. Por este motivo, a fin de profundizar en posibles hipótesis explicativas, se realizó un análisis cualitativo de sentencias por el delito de peculado, respecto del recurso extraordinario de derecho, denominado de “casación”¹⁷. De la revisión de sentencias de casación resueltas por la Corte Nacional de Justicia, en el período 1998-2014 se identificaron un total de 148 sentencias relativas a procesos penales por

17 El recurso extraordinario de casación es un recurso de derecho, cuyo conocimiento es de competencia nacional.

el delito de peculado, con miras a la aplicación de la base teórica de la investigación, se realizó el levantamiento de la siguiente información: (1) duración del proceso penal, tiempo en meses; (2) tipo de agentes enjuiciados: públicos o privados; (3) resultado de la sentencia: condena o absuelve al imputado¹⁸; (4) condena, tiempo de la pena privativa de libertad a la que se condena al procesado en meses; (5) monto del caso en dólares; (6) condiciones previas para el inicio del proceso, relativo a la presencia del informe de determinación de responsabilidades penales por parte de la Contraloría General del Estado.

Luego del levantamiento de información se seleccionaron las sentencias relativas a delitos de peculado cometidos en el período 1998-2008, por la homogeneidad en cuanto a las normas sustantivas y adjetivas aplicables, período en el que se han ubicado 102 casos con sentencia. De los 148 casos se ubicaron un total de 102 casos sentenciados en el período 1998 y un total de 46 casos sentenciados el período 2008, de los cuales se eliminaron ciertos casos que no contenían información completa o que fueron identificados por su denominación, pero que en cuanto a su contenido no se referían al juzgamiento de delitos de peculado, a partir de lo cual el universo de análisis se redujo a un total de 138 casos sentenciados en casación. Del resultado de las sentencias se observa que existe una tendencia del sistema de control ecuatoriano, a alejarse del nivel óptimo de control, criterio que tiene en cuenta dos ámbitos de análisis: (1) la presencia de inconsistencias en la regulación, en

cuanto al contenido de las normas procesales y penales que tipifican y sancionan el delito de peculado; y (2) un problema de eficiencia en cuanto al nivel de actividad, resultados y señales disuasorias que genera el sistema judicial.

Inconsistencias en la regulación

En cuanto a la racionalidad de la norma en el delito de peculado en el Ecuador, cabe señalar que dentro de las restricciones institucionales se encuentran las relativas a las normas y al funcionamiento del aparato institucional de control administrativo y judicial del Estado. La formulación de las normas, la regulación y las instituciones jurídicas como instrumentos de las sociedades políticamente organizadas, deben ser el resultado de una construcción colectiva, entendida como una suma de los deseos de los individuos en un contexto social, político e institucional, normas que deben encontrarse dirigidas al mayor bienestar individual posible, en la lógica de un contexto colectivo. No obstante, hay que tener en cuenta que el derecho constituye en esencia un acto emanado del poder político y en tal virtud, en no pocas ocasiones, representa a los intereses de poder de una mayoría política o no sintoniza con la realidad social.

Las instituciones jurídicas en el ámbito público constituyen el marco de racionalidad en la toma de las decisiones, con el fin de evitar desequilibrios económicos en las interacciones de la Administración y abusos en el manejo de los recursos del Estado, por parte de la burocracia, pero también tienen una función disuasoria del comportamiento de los agentes públicos y privados hacia la corrupción. Las normas de *regulación y sanción* como una restricción establecen ámbitos y condiciones para el compor-

18 En cuanto al número de casos en los que se condena o absuelve a los imputados, de un total de 89 casos con datos, se encontraron 73 casos condenados, 12 absueltos y 4 casos en los que hubo una sentencia mixta, en los que existieron imputados condenados y absueltos.

tamiento en sociedad. De esta manera las instituciones jurídicas constituyen mecanismos de intervención pública, que pueden ser utilizados como incentivos o restricciones en el comportamiento de los diferentes agentes económicos. Se considera que la regulación “obliga a que las empresas reguladas actúen de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera” (Lasheras 1999). A partir de las sentencias revisadas se observa que la descripción del comportamiento tipificado se formula en términos abiertos y que la estructura de formulación del delito no contempla una relación de proporcionalidad entre el nivel de daño (*harm*) que puede causar la actividad y la sanción aplicada en sentencia, situación que se ejemplifica, con la comparación de dos casos extremos identificados en la muestra, en los cuales se aplica una igual sanción.

Un primer ejemplo trata sobre el *Caso Banco del Progreso*, por *fraude al sistema financiero* nacional en el Ecuador, en contra del señor Fernando Aspiazú Seminario, gerente y propietario de la Entidad. Este caso se encuentra relacionado con la crisis del sistema bancario en Ecuador que desembocó en el congelamiento de depósitos decretado por el Presidente Mahuad en el año 1999, quien recibió donaciones para gastos de campaña electoral, provenientes del citado Banco del Progreso; hechos que dieron origen al juzgamiento del ex Presidente Mahuad por la toma de medidas de política económica, originadas en un régimen en ausencia de control, que ocasionó un elevado impacto económico y social. El monto del caso fue de 3'801.645 de dólares americanos y la sanción aplicada al administrador del Banco del Progreso fue de 8 años de pena privativa de libertad.

El segundo ejemplo se refiere al *Caso por la entrega a un particular de un balde de volqueta*

abandonado, bien que estaba asignado al Ministerio de Obras Públicas. Conforme la sentencia, en este caso se produjo la readecuación de la estructura automotriz de una volqueta para fines del servicio de transporte para el personal del Ministerio, motivo que generó la separación de la parte posterior de la volqueta (balde) y su almacenamiento en los patios de la institución pública mencionada, bien que luego de varios años fue solicitado para su uso por un particular de la zona, a quien le fue entregado por no encontrarse inventariado ni estar en condiciones para su uso, sin cumplir para ello con el procedimiento legal que establece la administración de bienes públicos. El balde de volqueta estaba avaluado en 800 dólares americanos y el funcionario del Ministerio de Obras Públicas considerado responsable fue sentenciado a 8 años de pena privativa de libertad.

Los casos citados evidencian una clara ausencia de proporcionalidad, entre el nivel de daño (*harm*) que causa la presunta actividad delictiva y la sanción aplicada en sentencia. Esta brecha puede afectar la valoración subjetiva de los individuos sobre la racionalidad de la norma, situación que crea incentivos para que se evada la aplicación del régimen penal, orientados a su evasión por parte de los agentes y a una excesiva apertura frente a los operadores de justicia, respecto de la interpretación de la norma y de la aplicación de las sanciones, con la consecuente afectación al bien jurídico protegido.

Disuasión y control óptimo del sistema

La teoría del “*Public enforcement of law*” señala que la función de bienestar social implica la observación integral de las relaciones que

produce el comportamiento criminal y su control, mediante la aplicación de un análisis costo-beneficio, a partir de las siguientes relaciones: entre los beneficios individuales obtenidos por el rompimiento de la ley, versus los costos individuales en los que incurre el infractor, los daños que esta violación genera y los costos de imposición de sanciones en los que incurre el sistema de control. En esta línea, el “*Public enforcement of law*” aporta al análisis económico de la política criminal, mediante el reconocimiento de los problemas de eficiencia en el funcionamiento de los sistemas de control administrativo y judicial, lo que puede alejar el nivel de actividad de la Administración de Pública y de Justicia, de su nivel óptimo de funcionamiento.

(1) Actividad judicial y disuasión del sistema de control

El efecto disuasorio de los mecanismos institucionales de control y sanción en la conducta de los agentes influye en el análisis costo-beneficio de las personas, respecto de la maximización de su función de utilidad. El nivel de control debe mantenerse en el óptimo deseado, a fin de tener un grado de incidencia razonable en el proceso de toma de decisiones de los agentes públicos y privados. Por lo expuesto, cuando el nivel de disuasión es inferior, se produce la reducción de los niveles de efectividad y eficacia de las normas y de los sistemas de control público, pues se reducen los niveles de cuidado de los agentes frente a la alternativa del cometimiento de actos ilícitos. El nivel referencial de la actividad de control se observa a partir de las cifras sobre la detección y sanción de los delitos de corrupción de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento

ilícito en el período 2009-2012, cuyo detalle consta en la Tabla N° 1. Conforme las cifras totales, existieron 1841 casos en los que se inició el proceso de investigación (D) y en 152 procesos se dictó sentencia (S), lo que implica una reducción equivalente al 93,75%. La información de carácter cualitativo se obtuvo de la revisión de sentencias de casación en el delito de peculado en el período 1998-2008.

En cuanto a los *agentes implicados en el juzgamiento* existe un número reducido de casos en los que se juzga conjuntamente a los agentes públicos y privados; de 91 casos, únicamente en 4 se observa su implicación conjunta, en el proceso de juzgamiento¹⁹. La Constitución de 1998 establece por primera vez la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia, en igualdad de condiciones para agentes públicos y privados, que participen en los delitos de cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. Sin embargo, los resultados del procesamiento de sentencias no reflejan cifras relevantes sobre la implicación conjunta en juicio, de agentes públicos y privados. Cabe señalar, que el juzgamiento de agentes privados que se registra en la muestra corresponde básicamente a casos relativos a entidades del sistema financiero nacional, por tanto los agentes son empleados u accionistas bancarios. A partir del 13 de mayo de 1999, los funcionarios de los bancos pueden ser juzgados por los delitos del 257 del Código Penal, reforma que genera la presencia de agentes privados en la muestra de sentencias analizadas.

¹⁹ De 91 casos en los que se cuenta con información confiable, se ubicaron un total de 71 casos en los que se juzga únicamente a agentes o servidores públicos; y, un total de 16 casos en los que se juzga solo a agentes privados, los que se refieren a empleados del sector bancario y se relacionan con casos producidos en la crisis del sistema financiero nacional; y, solo en 4 casos se observa la implicación del juzgamiento tanto de los agentes públicos como de los privados.

Una hipótesis explicativa es que la norma puede haber generado un posible comportamiento cooperativo entre agentes públicos y privados, donde el funcionario público concentra el riesgo y el costo del juzgamiento y de la sanción, a cambio de pagos superiores en la negociación de los acuerdos o a su vez, con el objetivo de garantizar la repetición del juego, pues ello le permite alcanzar niveles superiores de ganancia. De las sentencias revisadas se pudo contar con información sobre el *monto del caso sentenciado*, cuyo promedio es de 9.676,98 dólares americanos²⁰, por lo que se considera que las infracciones que se juzgan y sancionan no son las que ocasionan un mayor nivel de daño. Esta situación frente a un tiempo extendido de *duración de los procesos judiciales*, equivalente a 6,66 años, se puede considerar una señal sobre un posible costo elevado del proceso de juzgamiento, en relación con el nivel del daño causado.²¹

En cuanto al *tiempo de duración de los procesos judiciales*, conforme la legislación procesal vigente entre 1998-2008, la indagación previa o fase de investigación anterior al inicio

20 La información sobre este aspecto fue limitada, por la naturaleza del recurso de casación, como recurso de pleno derecho, motivo por el cual, existió información disponible, únicamente en 27 casos. A partir de la observación de distribución de valores, se extrajo del cálculo, un caso de fraude al sistema financiero nacional, por un monto de 3'801.645 dólares americanos; en virtud de lo cual se obtuvo un promedio del monto del caso, de 9.676,98 dólares americanos, a partir de 26 casos.

21 Cabe señalar que en este periodo se produjo el proceso de dolarización del país, por lo que los valores que constaban en sucres, fueron convertidos a dólares según el último tipo de cambio vigente antes del cambio de sistema monetario, situación que puede justificar el bajo valor del monto de los casos juzgados. Sin embargo, más allá de esta posible explicación, el valor promedio del costo del caso puede dar señales sobre un posible costo elevado del juzgamiento de casos, en relación con el nivel del daño causado, lo que puede relacionarse también con los problemas de racionalidad de la norma penal de peculado para el periodo 1998.

del proceso de juzgamiento penal no puede durar más de 1 año en los delitos sancionados con prisión y 2 años en los delitos sancionados con reclusión, referente a partir del cual, se considera que una duración promedio de 6.66 años²² y un nivel de detección de casos de un promedio inferior a los 10.000 dólares americanos. Esto no disuade el cometimiento de los grandes casos de corrupción y por el contrario, genera señales de una baja probabilidad de que se produzcan los efectos no deseados de acudir al comportamiento ilícito, como consecuencia del efecto atribución²³, lo que puede generar incentivos para que los agentes otorguen una valoración superior a aquello que pueden lograr en el presente a través de incurrir en corrupción.

En cuanto a la *duración de la pena privativa de libertad* dictada en sentencia, los valores se contabilizaron en meses y de un universo de 75 casos con datos, se identificó que el promedio de las condenas aplicadas es de 4 años 3 meses de privación de libertad. La norma relativa al delito de peculado contenida en el artículo 257 del Código Penal, vigente hasta enero del 2014, establece un rango de aplicación de la pena privativa de libertad, de cuatro a ocho años, cuya interpretación y aplicación judicial tiende a la aplicación de la pena menor. La sanción y su aplicación efectiva son

22 A efectos de determinar el tiempo de duración de los procesos, se tuvo como tiempo de inicio, la fecha del posible cometimiento del delito y como fecha de finalización la de la sentencia de casación. Sin embargo, dado que este recurso fundamenta su análisis en la aplicación del derecho al caso, se verificó que un gran número de casos no contaba con la información relativa al cometimiento de la infracción, por lo que únicamente en 28 casos se contó con información.

23 La teoría de la elección racional desarrolla el efecto atribución que consiste en la estimación de ocurrencia de eventos futuros basados en la información disponible, efecto que puede determinar un bajo nivel de incidencia de las normas disuasorias en el comportamiento de los agentes, especialmente en el supuesto de impunidad del sistema de control.

dos caras de la misma moneda, por lo que se cuestiona el endurecimiento de penas cuando no existe un nivel óptimo de funcionamiento del sistema judicial, pues la percepción de impunidad neutraliza la capacidad de disuasión de los sistemas de control y genera incentivos perversos encaminados a comportamientos estratégicos que reduzcan la probabilidad de aplicación de sanciones. La percepción de impunidad genera incentivos para acuerdos en corrupción, tanto de oportunidad u ocasional; como para las redes consolidadas de corrupción, con conocimientos técnicos sobre el funcionamiento de la Administración Pública y sus posibilidades de generar condiciones de oportunidad y diseños jurídicos que puedan neutralizar las probabilidades de detección, juzgamiento y sanción.

(2) Barreras para el inicio del proceso de investigación penal

La revisión global de las sentencias, que abarcó hasta el año 2014, alertó sobre la presencia de una regulación que genera el efecto de limitar el juzgamiento de actos de corrupción y surge con la incorporación del informe de determinación de responsabilidades penales de la Contraloría General del Estado, para el inicio del proceso judicial por el delito de peculado. A partir del 2010, por Resolución interpretativa de la Corte Nacional de Justicia, que luego se incorpora al Código Integral Penal (COIP) vigente desde 2014, se constituye al informe de determinación de responsabilidades de la Contraloría General del Estado como requisito de *procedibilidad* para el inicio de la acción penal, el cual constituye una barrera para el inicio del proceso de investigación penal. Este hecho ha sido observado por el Comité

de Expertos del Mecanismo de Seguimiento e Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) y fue motivo de una recomendación al Estado ecuatoriano (MESICIC 2013).

Cabe destacar *a priori* la importancia de que el conocimiento del delito pueda contar con varias fuentes para su conocimiento y juzgamiento, por lo que es cuestionable la creación de normas interpretativas y legales que restringen las posibilidades de investigación por parte del Ministerio Público, de posibles actos de corrupción, especialmente a través de requisitos previos basados en la acción de órganos administrativos de control. Por una parte, los requisitos de procedibilidad restringen y neutralizan la competencia esencial de investigación de la Fiscalía General del Estado y los órganos auxiliares de la Administración de Justicia. Por otra, restringen las posibilidades de juzgamiento al pronunciamiento de un órgano general de control administrativo, que a partir de las nociones básicas de economía podemos afirmar tiene una capacidad institucional limitada de respuesta, que se condiciona al ejercicio de sus competencias generales y a la asignación de recursos para su administración; factores que en su conjunto generan como efecto la reducción de la probabilidad de juzgamiento y sanción, situación que produce el efecto del descuento del futuro, ya que genera que los agentes valoren más el beneficio presente y minimicen la valoración de la amenaza disuasoria de la pena.

En cuanto a este punto, en los casos analizados existió un *informe de determinación de responsabilidades* penales de la Contraloría General del Estado en 66 de 102 casos con sentencia, lo que permite señalar que la aplicación de dicho requisito de *procedibilidad* puede generar una reducción sustancial en el

proceso de conocimiento de la *noticia criminis* por parte del Ministerio Público y por tanto en el proceso de juzgamiento y sanción. Existen varias hipótesis explicativas posibles a la creación de esta barrera al juzgamiento. Una de ellas puede ser la intención de reducir el nivel de actividad judicial sobre delitos de corrupción, por la judicialización de los conflictos políticos, a partir de denuncias carentes de sustento; pero también cabe la posibilidad de que se constituya en una norma emanada del poder político, con el fin de reducir la probabilidad de juzgamiento, mediante el traslado de la decisión a una instancia administrativa de control.

Las hipótesis planteadas reflejan de forma ejemplificativa como a partir de un instrumento de política se han modificado los pesos de influencia de los órganos administrativos y judiciales de control, situación que puede develar un comportamiento estratégico frente a problemas de racionalidad en la formulación de los instrumentos de política, o a su vez estrategias para la evasión del sistema de control.

Conclusiones

La investigación no parte de una teoría moral²⁴. Su objetivo es articular un planteamiento metodológico que permita racionalizar el análisis de la política criminal anticorrupción, a partir de la incorporación de criterios y teo-

24 Ariel Del Río de Angelis (2007) hace referencia a filósofos morales que se valen de los elementos de la teoría de juegos para abordar problemas éticos con un grado de objetividad, en el que se incluyen a filósofos como Gauthier, y especialmente Harsanyi, respecto de la formulación de una utilidad social, esto es, maximizar del mejor modo posible las preferencias no de un solo individuo (cada uno de la suya) sino el bienestar de una sociedad en su conjunto, cuyo punto de partida se refleja en la obra de Braithwaite, *Theory of Games as a Tool for the Moral Philosopher* (1954).

rías económicas. Esta propuesta encuentra sus orígenes en la propuesta de medir los niveles de satisfacción (utilidad) de los individuos, formulada por la doctrina filosófica del utilitarismo, razonamiento que se encuentra en la base de las teorías económicas aplicadas al caso de estudio, a partir de la elección racional, la economía criminal, el análisis del comportamiento estratégico formulado por la teoría de juegos; y, la teoría del *Public Enforcement of Law*. El modelo teórico de disuasión criminal de Becker resalta la incidencia de la variable probabilidad de sanción p , en la elección de cometer actos de corrupción, la que se determina por el grado de influencia de la percepción de los agentes sobre los resultados efectivos del funcionamiento del sistema de control, en los procesos de detección, juzgamiento y sanción, las que pueden conformar una probabilidad agregada del funcionamiento del sistema.

El análisis del caso devela los posibles problemas de racionalidad en la implementación de la política anticorrupción, tales como: el funcionamiento ineficiente de los sistemas de control y sanción; la percepción ciudadana de impunidad en su funcionamiento *-factor reputación-*; por normas penales abiertas; por la falta de proporcionalidad entre el nivel de daño que causa el comportamiento y la sanción aplicable; por normas con sanciones inadecuadas, sea muy bajas o inaplicables, así como también por el endurecimiento de las normas procesales y penales, sin un nivel óptimo de funcionamiento del sistema judicial; así como también, por la creación de barreras al juzgamiento, en un contexto de judicialización de los conflictos sociales y políticos frente a una Administración de Justicia no consolidada. La aplicación de criterios económicos al análisis de la política anticorrupción en el

caso de estudio, permite develar la presencia de instrumentos de control que pueden crear una apariencia de rigor en la formulación de política pública, cuando en términos reales se generan incentivos perversos en los individuos, que limitan la capacidad de control y disuasión del sistema, con la consecuente pérdida del bienestar social.

Bibliografía

- Becker, Gary. 1968. "Crime and punishment: an economic approach". *Journal of Political Economy* 76: 169-217.
- _____. 1978. *The economic approach to human behavior*. Estados Unidos: University of Chicago Press.
- Del Río de Angelis, Ariel. 2007. *Juegos Evolutivos y Conducta Moral: Un análisis mediante simulaciones informáticas del surgimiento y justificabilidad de conductas no maximizadoras en contextos estratégicos*. Madrid: Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid.
- Di Castro, Elisabeta. 2002. *La razón desencantada. Un acercamiento a la teoría de la elección racional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Eide, Erling, Paul H. Rubin y Joanna M. Shepherd. 2006. "Economics of crime". *Foundations and Trends in Microeconomics* 4 (2). Edición en PDF. URL.
- Laporta, Álvarez. 1997. *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Lasheras, Miguel Ángel. 1999. *La Regulación Económica de los Servicios Públicos*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Levitt, Steven D. y Stephen J. Dubner. 2007. *Freakonomics*. Barcelona: Ediciones B.S.A.
- Olivo Espín, Cielito. 2013. "El Control de la Corrupción como ámbito de política a partir de la Comisión de Control Anticorrupción del Ecuador, 1997 – 2008". Tesis Maestría en Políticas Públicas, FLACSO Ecuador.
- Olivo Espín, Cielito. 2015. *Análisis económico del control anticorrupción a partir del caso ecuatoriano*. Memoria para optar por el grado de Doctora. Madrid: Facultad de Derecho, Departamento de Economía Aplicada. Universidad Complutense de Madrid.
- Stigler, George J. y Gary S. Becker. 1990. *De Gustibus Non Est Disputandum*. En *The limits of Rationality*, editado por Karen Shweers Cook y Margaret Levi. Londres: The University of Chicago Press, LTD.
- Paz y Miño Cepeda, Juan. 2006. *Ecuador: Una Democracia Inestable*. Historia Actual Online No.11. Edición en PDF. URL.
- Pérez-Liñán, Aníbal. 2008. "Instituciones, coaliciones callejeras e inestabilidad política: perspectivas teóricas sobre las crisis presidenciales". *América Latina Hoy. Revista de Ciencias Sociales* 49.
- Polinsky, Shavell. 2007. *The Theory of Public Enforcement of Law*. Handbook of Law and Economics, Volume I.
- Posner, Richard A. 1998. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Von Mises, Ludwig. 2001. *La acción humana*. Madrid: Unión Editorial S.A.
- Informes institucionales y publicaciones*
- Comisión de Control Cívico de la Corrupción. 2007. "Informe institucional: Una década de prevenir y combatir la corrupción".

Comisión de Control Cívico de la Corrupción. 2008. “Corrupción e impunidad: dos caras de la misma moneda”.

MESICIC. 2013. “Informe del Ecuador sobre el proceso de seguimiento y evaluación de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en el país, realizado dentro de la Cuarta Ronda de Análisis de su mecanismo de seguimiento e implementación”.

Transparencia Internacional. 2007. Encuesta Nacional de Corrupción y Buen Gobierno del Ecuador. <http://www.enrbg.org>.

Normas Jurídicas

Constitución Política de la República del Ecuador. 1998. (BOE núm 1 de 11 de agosto del 1998).

Constitución de la República del Ecuador. 2008. (BOE núm 449 de 20 de octubre de 2008).

Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano. 2000. (BOE Suplemento núm 360 de 13 de enero del 2000).

Código Penal Ecuatoriano. 1971. (BOE Suplemento núm 147 de 22 de enero de 1971).

Código Integral Penal ecuatoriano. 2014. (BOE núm 180 de 10 de febrero de 2014).

Anexo I: Código Penal Ecuatoriano.

Delito de cohecho.

Art. 285.- Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a

retribución, serán reprimidos con *prisión de 6 meses a 3 años y multa de 8 a 16 dólares de los Estados Unidos de Norte América*, a más de la *restitución del duplo de lo que hubieren percibido*.

Serán reprimidos con prisión de 1 a 5 años y multa de 6 a 31 dólares de los Estados Unidos de Norte América, a más de restituir el triple de lo percibido, si han aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes, bien sea por ejecutar en el ejercicio de su empleo u oficio un acto manifiestamente injusto; bien para abstenerse de ejecutar un acto de su obligación”.

“Art. 290.- Los que *hubieren compelido* por violencias o amenazas, corrompido por promesas, ofertas, dones o presentes, *a un funcionario público* a un jurado, árbitro o componedor, o a una persona encargada de un servicio público, para obtener un acto de su empleo u oficio aunque fuera justo, pero no sujeto a retribución, o la omisión de un acto correspondiente al orden de sus deberes, serán reprimidos con las mismas penas que el funcionario, jurado, árbitro o componedor culpados de haberse dejado cohechar”.

“Art. 291.- *No se restituirán al corruptor*, en ningún caso, *las cosas entregadas por él*, ni su valor; y serán comisadas y puestas a disposición del Presidente de la República, para que las destine a los establecimientos de asistencia pública que juzgue conveniente”.

Anexo II: Configuración del delito de peculado.

Tiene su origen en el derecho romano, con una concreción precisa respecto de la afectación de recursos públicos, a partir del Código Toscano y se encuentra tipificado en las principales Convenciones Internacionales Anticorrupción, ONU y OEA. El delito de peculado

consiste en la apropiación que efectúa el sujeto activo de la infracción, de bienes públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles, que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, que sean del Estado, sus instituciones o en las cuales éste tenga parte, ejecutada por un funcionario público o no, en provecho propio o de un tercero. El delito de peculado en la legislación ecuatoriana

ha tenido varias reformas en los años 1977, 1979, 1995, 1999, 2000 y 2014; y, en las que se han incorporado nuevas conductas a la tipificación penal. Sin embargo para efectos de la investigación se observa únicamente la variación de la figura principal, contenida en el artículo 257 del Código Penal vigente hasta el 2014, que entra en vigencia del nuevo Código Integral Penal, por ser el delito con mayores niveles de juzgamiento.