

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

Tipificación del pánico financiero en la legislación ecuatoriana

Christian Vinicio Machado Granda

Tutor: Marco Antonio Rodríguez Proaño

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Christian Vinicio Machado Granda, autor de la tesis intitulada “Tipificación del pánico financiero en la legislación ecuatoriana”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho, mención Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

30 de marzo de 2021

Firma: _____

Resumen

La presente tesis tratará de describir el desarrollo del concepto del pánico financiero, tanto en legislaciones afines a la ecuatoriana, como en el ordenamiento jurídico de Ecuador. Además pretende realizar varias precisiones respecto del derecho penal del enemigo, como tema a considerar para la implementación de figuras de agravamiento de la responsabilidad y su relación con el derecho penal económico y la figura del pánico financiero.

Tabla de contenidos

| | |
|---|----|
| Introducción | 9 |
| Capítulo Primero.- Marco conceptual del pánico financiero y sus fundamentos en el contexto internacional | 11 |
| 1.1.- Alcance de la figura en el ámbito doctrinario de América Latina y Europa | 11 |
| 1.2.- Fundamentos fácticos de la tipificación | 21 |
| 1.3.- Análisis de derecho comparado: casos colombiano y guatemalteco .. | 23 |
| 1.4.- Efecto disuasorio del tipo penal respecto de las conductas que atentan contra el orden económico social: | 25 |
| 1.5.- Bien jurídico protegido | 27 |
| 1.6.- Elementos del tipo de acuerdo con la teoría general del delito | 28 |
| Capítulo Segundo.- Derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano. Incidencia de los dos enfoques en el derecho penal económico..... | 31 |
| 2.1.- El derecho penal del enemigo en la legislación penal ecuatoriana | 31 |
| 2.2.- El derecho penal económico y su relación con el enfoque del derecho penal del enemigo. Análisis y justificación. | 35 |
| 2.3. El Pánico financiero y las técnicas del derecho penal del enemigo | 39 |
| 2.3.1.- Anticipación de la tutela penal | 52 |
| 2.3.2.- Punición de la tentativa delictiva | 53 |
| 2.3.3.- Consumación anticipada a través de actos preparatorios. | 56 |
| 2.4.- El derecho penal del ciudadano y el pánico financiero | 59 |
| 2.4.1.- Conceptualización del derecho penal del ciudadano | 60 |
| 2.4.2.- Aplicación del enfoque del derecho penal del ciudadano en el Ecuador. | 61 |

| | |
|---|-----------|
| 2.4.3.- El derecho penal del ciudadano y el estado constitucional de derechos y justicia..... | 61 |
| 2.4.4.- El pánico financiero y la real afectación de un bien jurídico como fundamento del enfoque del derecho penal del ciudadano en su tipificación. | 63 |
| 2.4.4.1.- La pena de acuerdo al principio del hecho..... | 65 |
| 2.4.4.2.- Determinación de la culpabilidad del sujeto..... | 67 |
| Capítulo Tercero: El Pánico financiero en el Ecuador | 71 |
| 3.1.- Antecedentes históricos..... | 71 |
| 3.2.- Proyecto de Código Orgánico Integral Penal y Pánico Financiero.- Alcance e implicaciones jurídicas..... | 74 |
| 3.3.- Conductas relevantes en el estudio del pánico financiero en Ecuador: | 82 |
| 3.3.1.- Caso TC Televisión – Banco Pichincha | 82 |
| 3.3.2.- La Superintendencia de Bancos y los límites de la supervisión bancaria | 89 |
| 3.4 Aplicabilidad de los enfoques del derecho penal del ciudadano y del enemigo para la tipificación del pánico financiero en Ecuador. | 91 |
| Conclusiones y Recomendaciones..... | 95 |
| Obras citadas..... | 101 |

Introducción

El presente trabajo está dividido en tres capítulos interdependientes que buscan ofrecer al lector una visión detallada respecto de la figura del pánico financiero y la relación que en nuestro criterio mantiene con las técnicas del derecho penal del enemigo, descritas en las investigaciones del jurisconsulto alemán Gunther Jakobs.

A dicho tratadista debemos la descripción de las diferentes condiciones en las que el derecho penal actual sanciona conductas que por su argumentada peligrosidad para la convivencia social, merecen un tratamiento procesal y sustantivo diferente por parte de legisladores y juzgadores, encaminado a neutralizar al adversario de la sociedad o, más precisamente, del Estado, con el fin de precautelar los intereses del conjunto de los ciudadanos.

En este trabajo, trataremos de demostrar que el enfoque utilizado para la tipificación del pánico financiero, efectuada en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano de 2014, es el mismo que anima a quienes, como Jakobs, consideran legítimo el ejercicio del derecho penal del enemigo, como un conjunto de técnicas necesarias para combatir a aquellos individuos que, por la gravedad de sus acciones, merecen ser calificados como enemigos internos, destinatarios de las llamadas “leyes de lucha”, descritas por ese tratadista. También criticaremos la necesidad de la tipificación y expondremos nuestra opinión sobre cada uno de los aspectos investigados que, por la naturaleza del tema, tendrá puntuales consideraciones políticas además de netamente jurídicas.

El primer capítulo describirá la figura del pánico financiero independientemente, proveyendo a los lectores de los antecedentes necesarios para ubicarla en el contexto doctrinario internacional.

El segundo capítulo que considero es el fundamental, buscará en primer término describir los principios del derecho penal del ciudadano y del enemigo establecidos en la doctrina internacional para después relacionarlos con la tipificación del pánico financiero en el Ecuador, y en general comprobar que el espíritu que anima al derecho penal económico en ciertas tipificaciones está inspirado por las teorías de Jakobs.

El tercer capítulo contendrá una investigación de casos ocurridos en nuestro país, que tienen que ver con la instrumentalización del pánico financiero por parte de ciertos grupos de poder y las consecuencias similares al acaecimiento de dicha infracción que en determinadas circunstancias puede acarrear involuntariamente la acción supervisora de los organismos de control creados para precautelar la estabilidad del sistema financiero. También se indagarán los antecedentes históricos y de aprobación legislativa de la tipificación de febrero de 2014, esperando encontrar en ellos sustento para comprobar las hipótesis formuladas en el plan de tesis aprobado por la Universidad Andina Simón Bolívar.

Estas son las motivaciones y expectativas del presente trabajo de investigación que espero sirva como un elemento de juicio y análisis importante sobre la práctica del derecho penal económico en nuestro país.

Capítulo Primero.- Marco conceptual del pánico financiero y sus fundamentos en el contexto internacional

1.1.- Alcance de la figura en el ámbito doctrinario de América Latina y Europa

El negocio financiero, como producto de la división del trabajo, es una actividad que se desarrolla en todos los sistemas políticos que ejercen una organización “monetizada”¹ de su economía, entendida esta como aquel conjunto de actividades dependientes, mediata o inmediatamente, de la creación, movilización y cambio de la moneda que rige en la jurisdicción de cada Estado.

La universalidad de la utilización de la moneda implica necesariamente que con el mismo carácter general existan instituciones financieras profesionales, encargadas de la administración de los activos monetarios para beneficio de sus usuarios o clientes, y de la sociedad en su conjunto, que también aprovecha las ventajas de una ágil movilización de capitales en un mundo cada vez más interconectado.

La complejidad del negocio bancario y de la información que maneja ha motivado que se establezcan, a nivel mundial, salvaguardias para proteger los datos de los clientes del sistema. De ahí la existencia de la figura del sigilo bancario, que establece como obligación profesional de las instituciones financieras la protección de los datos de las operaciones activas de sus clientes, para evitar su utilización fraudulenta.

Esta protección se despliega en la ley con rigor, aun cuando las consecuencias de la posible pérdida o publicación de dichos datos repercutirían en desmedro únicamente del interés individual del afectado.

Pero existe un tipo de información cuya pérdida, utilización fraudulenta o falsificación tendría una incidencia mayor respecto del orden económico social de un país y, en último término, sobre los intereses individuales de sus habitantes. Los datos

¹ Las ideas que inspiran este comentario introductorio se encuentran referidas en detalle en el libro de Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*, Editorial Legis, (Bogotá: Sexta Edición, 2009) 111 - 13.

sobre las entidades bancarias, su aptitud para responder frente a las obligaciones asumidas con sus clientes y la solvencia financiera de sus operaciones, inciden en la conservación de un interés múltiple que debe ser valorado desde perspectivas interdependientes.

En primer término existe el interés de los accionistas de una institución financiera, que buscan obtener un lucro legítimo a través de las actividades lícitas ejercidas por la empresa cuyo capital poseen. Además, el frágil equilibrio que existe entre los diversos estamentos de una economía conectada internacionalmente, hace que la caída o liquidación de una institución financiera, dependiendo de su tamaño e importancia, pueda tener consecuencias catastróficas no sólo dentro de un país, sino incluso en los ámbitos regional, continental o mundial.

Con ese fundamento, la legislación y doctrina, sobre todo latinoamericanas, han considerado relevante la sanción de la conducta ejecutada por quienes valiéndose de un conocimiento de “iniciados” en la actividad financiera, propalan rumores o publican información falsa referente al estado de una institución bancaria o de intermediación financiera en general, con el fin de obtener ventajas derivadas de la pérdida de clientes de la institución afectada, o en último término, con la liquidación del banco sobre el que recaen las falsas imputaciones.

A partir de esta afirmación considero pertinente iniciar el estudio de los antecedentes relacionados con la figura del pánico financiero, que es el tipo penal que de forma directa o relacionada con el pánico económico, el legislador latinoamericano ha empleado para sancionar dicha conducta, de la forma y con los objetivos que me permitiré referir en este acápite.

El pánico, con inclusión de elementos jurídicos y psicológicos es definido por el Dr. Ramón Acevedo Blanco de la siguiente forma:

Pánico (o terror pánico es miedo grande, intenso que tiene la particularidad de ser contagioso, como el que causan los actos de terrorismo (terror pánico). La voz pánico tiene origen en el dios Pan de los griegos, de quien decían que era tan feo, que su presencia causaba terror. Por consiguiente, pánico económico es el terror que en los gestores de negocios (sobre todo en instituciones bancarias y financieras, en las bolsas de valores, etc.) causan los rumores, las noticias exageradas, las operaciones

sorpresivas (generalmente ficticias) pues las reacciones en cadena y en ocasiones desesperadas que tales actos suscitan, perturban profunda y fatalmente a veces el orden económico social.²

Del texto transcrito, debemos concluir que para cierto sector doctrinario existe una identificación entre los conceptos de pánico económico y pánico financiero, cuya diferenciación nacería únicamente del destinatario o víctima de la conducta típica, que en el segundo caso sería una institución financiera o de crédito determinada, contra la que se dirigirían los rumores o noticias exageradas. Esta distinción basada en el sujeto pasivo del acto típico quedaría sin piso, una vez ubiquemos a la figura del pánico financiero en el contexto de aplicación del derecho penal económico, para el que el sujeto pasivo y quien reclama el resarcimiento correspondiente ante el cometimiento del delito siempre será el Estado, como titular y defensor del orden económico social, por encima del perjudicado directo de la acción, que sería el banco o cooperativa de ahorro y crédito. Por ello decimos que el titular del bien jurídico protegido es el Estado.

La conducta temida por los gestores financieros tiene además una consecuencia específica de carácter económico, que sería el resultado inmediato de la publicación de los datos falsos: una corrida de depósitos, un retiro en masa de los recursos confiados a la institución financiera por parte de los clientes, que por la información maliciosa que se les proporcionó han perdido la confianza en el banco. Esa consecuencia económica es calificada en sí misma como pánico y por su gravedad, puede desembocar en el tan temido efecto contagio, de una institución financiera a otra.

Parecería que bajo la concepción referida en líneas anteriores, el pánico financiero fuese para la doctrina una especie o modalidad del pánico económico, que comparte con la figura madre el elemento fundamental de la utilización malintencionada y sesgada de información falsa, con el fin de perjudicar económicamente a un sector de la industria o a la banca, dependiendo del ámbito del orden económico social que se busca precautelar.

² Ramón Acevedo Blanco, *Manual de Derecho Penal*, (Bogotá: Editorial Temis, 1983), 412.

Esta identificación entre ambas figuras parece una constante en la legislación latinoamericana, en la que sólo contados países han hecho una separación en dos tipos penales independientes.

Existen antecedentes destacables respecto a la sanción del pánico económico en el derecho comparado en Latinoamérica, y algunas legislaciones contemplaron con mucha antelación la diferencia que existía con el pánico financiero. Bien vale en este punto hacer una relación de las tipificaciones que sobre las dos figuras se han hecho en nuestro continente, habida cuenta de que la tipificación realizada en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano separa claramente las dos conductas.³

El Código Penal de Honduras de 1906, incluía entre los delitos contra la propiedad “las maquinaciones para alterar el precio de las cosas”⁴, y castigaba con multa de sesenta a seiscientos pesos a quienes conseguían trastornar los precios derivados de la libre distribución de mercancías, acciones, u otros efectos económicos que fueran objeto de negociación, mediante engaños u otros medios. Aquí podemos encontrar un antecedente importante de la tipificación del pánico económico y una norma pionera en el castigo de los delitos penales económicos en Latinoamérica, que buscaba preservar un bien jurídico mayor que la mera propiedad individual de los afectados por los rumores o información maliciosa.

El Código Penal de Paraguay de 1910⁵, con menos precisión que el tipo anterior, en su artículo 266, castigaba con multa a quien maliciosamente comunique al exterior noticias falsas que puedan perjudicar gravemente el crédito o los intereses de la República o el buen nombre de sus autoridades gubernativas. A diferencia de la

³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014, art.307.

Art. 307.- Pánico económico.- La persona que publique, difunda o divulgue noticias falsas que causen daño a la economía nacional para alterar los precios de bienes o servicios con el fin de beneficiar a un sector, mercado o producto específico, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Art. 322.- Pánico financiero.- La persona que divulgue noticias falsas que causen alarma en la población y provoquen el retiro masivo de los depósitos de cualquier institución del sistema financiero y las de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera, que pongan en peligro la estabilidad o provoquen el cierre definitivo de la institución, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

⁴ Esteban Righi, *Derecho penal económico comparado*, Serie Monografías (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado : Editoriales de Derecho Reunidas, 1991), 99.

⁵ *Ibid.*, 100.

norma hondureña sólo encontramos como elemento común con el pánico económico el uso de información falsa para el cometimiento del acto típico, aunque la extensión del bien jurídico protegido sugiere que esta norma está orientada más a preservar la seguridad del Estado paraguayo frente a intereses extranjeros. ⁶El Código Penal argentino de 1921 incluye entre los delitos contra la fe pública el especificado en el artículo 300, que castiga con prisión de seis meses a dos años a quienes “hicieren alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos o valores por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla sino a un precio determinado”⁷. Este tipo penal es denominado agiotaje por el legislador argentino, figura equiparable a la especulación con valores o mercancías, que aprovecha las condiciones específicas de crisis de un mercado en particular, para manipular su precio. Este tipo penal no se diseñó como un delito de peligro, por lo que exige que ocurra la afectación de precios para que la pena sea aplicable. Existe también una relación directa con el pánico económico considerado en términos modernos como la alarma producida por noticias falsas que afectan a un sector de la economía o al normal tráfico de bienes y servicios.⁸

La figura del agiotaje aparece también vinculada con el pánico económico en otras legislaciones como la colombiana, lo que será materia de un estudio pormenorizado en el acápite correspondiente a dicho ordenamiento jurídico, en esta tesis.

Coincidiendo con la orientación del Código argentino, el Código Penal venezolano de 1926⁹, incluye como delito contra la fe pública en su artículo 335 un tipo descrito como una de las modalidades de “fraude”. La norma castiga con prisión a quienes difunden noticias falsas que hayan alterado el precio de valores económicos que se transen o no a través de la bolsa de valores. Se considera como agravante que los autores del hecho sean corredores o agentes públicos de cambio. En este tipo penal podemos encontrar incipientemente los elementos del pánico en el mercado bursátil,

⁶ Ibid., 101.

⁷ Argentina, *Código Penal de la Nación Argentina*, Ley 11.179 (T.O. 1984), art. 300.

⁸ Righi, *Derecho penal económico comparado*, 103.

⁹ Righi, *Derecho penal económico comparado*, 104.

dado el énfasis que se da a la afectación de las cotizaciones en bolsa y títulos negociables como uno de los elementos normativos del tipo.¹⁰

El Código Penal mexicano de 1931¹¹, en una descripción genérica de conductas que afectan al consumo de artículos de primera necesidad, incluye en el numeral III del artículo 254 una pena para quienes publiquen información falsa o tendenciosa, o que por cualquier medio afecten o produzcan trastornos en el mercado interno de mercancías, valores, títulos o efectos de comercio. Existe aquí también un claro perfil de protección al desarrollo de la economía de libre mercado con la prohibición de conductas que ponen en peligro un bien jurídico universal. Es decir, lo que se protege con el tipo penal, al igual que en la mayoría de los casos anteriores, va más allá de prevenir la lesión de una bien jurídico individual. Lo que se busca preservar es un sistema económico de libre cambio y su funcionamiento dentro de los cánones de la justicia y equidad.

Una primera aproximación legislativa a una tipificación del pánico económico y el financiero como dos figuras independientes, tiene como primer antecedente en Latinoamérica al Código de Defensa Social de Cuba de 193¹²6. Esteban Righi, *Derecho Penal Económico Comparado*. Dicho cuerpo normativo, en el acápite correspondiente a las conspiraciones para alterar el valor de las cosas, artículo 556a, sanciona a quienes a través de rumores o falsedades alteran la ley de la oferta y la demanda para modificar los precios de bienes transables, salarios, cotizaciones de moneda, entre otros. Al igual que en el caso del Código venezolano de 1926, se considera como agravante a la hora de graduar la pena que los autores del hecho sean representantes, funcionarios o empleados de bancos, corporaciones, entidades o personas jurídicas, corredores de bolsa en general, y agravante especial que sean funcionarios o representantes de las compañías beneficiarias o que hubieren llevado a efecto la manipulación.

La innovación del Código cubano está especificada en el artículo siguiente, signado con el número 557, que en su inciso b) castiga a quienes esparciendo falsos rumores o propalando noticias falsas perjudiquen gravemente el crédito de una

¹⁰ Righi, *Derecho Penal Económico Comparado*, 107.

¹¹ Righi, *Derecho penal económico comparado*, 114.

¹² *Ibid.*, 120.

entidad comercial, bancaria o industrial, produciéndose un daño en sus negocios u operaciones. El artículo ofrece la posibilidad de graduar la pena en función de la gravedad del daño ocurrido a la empresa y contempla además como agravante que el autor del hecho sea un funcionario público.¹³

Estamos por primera vez frente a un tipo específico relacionado con el ámbito bancario, destacable pese a que el artículo también contempla en su texto a otra clase de empresas como sujetos pasivos titulares del bien jurídico protegido. La norma está redactada como un tipo de resultado, que exige el acaecimiento del daño que en este caso sería un perjuicio a los negocios de la empresa víctima de las falsas informaciones o rumores. La efectividad del tipo penal está entonces supeditada a la comprobación del daño, lo que obviamente no ocurriría si el mismo estuviese formulado como un tipo de peligro concreto o abstracto, como es la tendencia actual, con la que se sancionaría el mero riesgo de producir la tan temida corrida de depósitos o la afectación al patrimonio de la empresa objeto de las maquinaciones o falsedades.

En la actualidad, en América Latina sólo Perú, Colombia, Guatemala, y ahora Ecuador, han promulgado como un tipo penal independiente el pánico financiero. En el caso colombiano, no está considerado en un artículo aparte respecto del pánico económico, pero está claramente definido como una conducta de diferente alcance con un sujeto pasivo específico –el Estado-, y víctimas identificadas normativamente que son las instituciones financieras, cooperativas y personas jurídicas controladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En el caso de Perú, el artículo 249 del Código Penal que sanciona el pánico financiero, data de 1991 y fue promulgado mediante Decreto Legislativo N° 635. Originalmente el artículo estaba redactado como un tipo penal de resultado, una vez que exigía para la aplicación de la pena que la alarma en la población mediante la propalación de noticias falsas, produzca retiros masivos de depósitos de cualquier institución bancaria, financiera u otras que operan con fondos del público.¹⁴ Esta

¹³ Righi, *Derecho penal económico comparado*, 121.

¹⁴ Perú, Código Penal de la República del Perú, publicado en el Diario Oficial El Peruano de 8 de abril de 1991.

tipificación fue modificada por la Ley No 27941 de 26 de febrero de 2003¹⁵, que sanciona a quien “a sabiendas produce alarma en la población propalando noticias falsas atribuyendo a una empresa del sistema financiero, a una empresa del sistema de seguros, a una sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, a una administradora privada de fondos de pensiones u otra que opere con fondos del público, *cualidades o situaciones de riesgo que generen el peligro de retiros masivos de depósitos o el traslado o la redención de instrumentos financieros de ahorro o de inversión*”.

La ley peruana prevé un agravamiento de la pena si el sujeto activo del delito es integrante de una persona jurídica que desarrolle sus actividades en el ámbito financiero (en casas de valores, bancos, compañías de seguros entre otros), o si pertenece o ha pertenecido a los organismos de control del sector financiero de dicho país.

Existe entonces un cambio en la orientación doctrinaria del tipo penal peruano que tiene una estructura, elementos normativos y circunstancias agravantes que denotan claramente la intención del legislador de extender la punibilidad de la conducta.

Esta tendencia a formular el delito de pánico financiero como de peligro abstracto también puede encontrarse en los Códigos Penales colombiano y guatemalteco. Al respecto es necesario recordar la ardua polémica existente respecto de la aplicabilidad y constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, en los que no se sanciona un riesgo concreto en contra del bien jurídico protegido sino que dicho peligro se presume normativamente, lo que para cierto sector de la doctrina equivale a una extensión inaceptable de la punibilidad, una vez que en el mundo real no se ha lesionado ningún bien y objetivamente –de acuerdo a dichos tratadistas- no se lo ha puesto tampoco en peligro.

La dificultad de evaluar el cometimiento de un delito económico de peligro abstracto, desde el punto de vista de la labor del juzgador, ha llevado a que la Corte Suprema de Justicia de Colombia, considere que “una cosa es que se encuentre

¹⁵ Perú, Ley N° 27941, Artículo Único, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 26 de febrero de 2003.

ajustado a la Constitución que el legislador consagre delitos de peligro abstracto para precaver eventuales daños a bienes jurídicos... y otra muy diferente que el juez se abstenga de examinar la relevancia social de la conducta con referencia a la tensión de los bienes jurídicos en juego, bajo el prurito de que el órgano legislativo quiso llevar la protección a estadios muy prematuros, lo cual no le es admisible porque constituye imperativo categórico constitucional que verifique si una conducta específica causó daño o generó efectivo peligro al bien jurídico protegido”¹⁶. En base a este criterio del Tribunal Supremo de Colombia, cuando se trate de la sanción de delitos de peligro abstracto (como son la mayoría de los delitos económicos en esa legislación), de hecho los jueces deben efectuar un análisis sobre si el objeto de la acción ha estado verificablemente en peligro, lo que convierte en la práctica a todos los tipos que compartan dichas características en delitos de peligro concreto, porque siempre deberá existir la comprobación efectiva de la existencia del riesgo producido por la conducta típica para dar fundamento al castigo.

Ecuador no es ajeno a esta polémica, una vez que nuestro Código Orgánico Integral Penal también exige como condición para que una conducta sea considerada penalmente relevante que la misma ponga en peligro un bien jurídico determinado, en forma demostrable.¹⁷

En este punto nos encontramos en la disyuntiva descrita por el Dr. Ramiro García Falconí, quien considera que la tipificación de los delitos de peligro es en estos momentos necesaria para enfrentar las nuevas formas de criminalidad derivadas de los adelantos tecnológicos del mundo moderno, como un mecanismo legítimo de prevención que permite preservar bienes jurídicos cuya defensa se complicaría

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de Mayo de 2009. Radicado 31362. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Citada por Luis Daniel Manuel Arango, Peligro Abstracto y Delitos Económicos, Revista Universitas, Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 9: enero-diciembre 2012, 287-304 en ,

¹⁷ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014, art. 22. Artículo 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

enormemente, en caso de que la ciencia penal se aferre a los principios tradicionales derivados de la dogmática de los delitos de lesión.¹⁸

Por la naturaleza e importancia de los bienes jurídicos protegidos por la figura del pánico financiero, que están íntimamente vinculados a la estabilidad económica y al desenvolvimiento de las actividades productivas de un país, existiría, según varios criterios, justificación suficiente para que el legislador acuda a las técnicas de adelantamiento de la punibilidad descritas, incluida la utilización de tipos penales de peligro abstracto, que prevengan una afectación al orden económico social de la magnitud de una corrida de depósitos del sistema financiero, de acuerdo a la tendencia que hemos podido identificar en el ámbito del derecho penal latinoamericano.

Como conclusión preliminar debemos manifestar que la evolución del tipo penal de pánico financiero en Latinoamérica ha estado íntimamente ligada al desarrollo de la figura del pánico económico, con la cual en estos momentos solo comparte elementos específicos relativos a la conducta, como la utilización de información falsa, para trastornar los precios de bienes y servicios. También es clara la evolución de un tipo penal de lesión a otro de peligro en la descripción de ambas infracciones, lo que como vimos en párrafos anteriores está fundamentado en la necesidad de prevenir una conducta en extremo dañosa para la sociedad.

En el ámbito europeo, el tratadista Hernando Hernández Quintero considera que el artículo 262 del Código Penal español de 1995 contiene la tipificación del pánico económico en dicho ordenamiento jurídico¹⁹. Dicha norma pena la manipulación de subastas o concursos por dádiva o promesa, lo que tiene que ver más con el delito de agiotaje, que para dicho tratadista es el antecedente mediato del pánico económico²⁰.

¹⁸ Ramiro García Falconí, *El Bien Jurídico y su Recepción en el Derecho Penal Económico*, en *Derecho Penal Económico*, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012, 182.

¹⁹ Hernández Quintero, Hernando *Los Delitos Económicos en la Actividad Financiera*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, Tercera Edición, Bogotá, 2005, 220.

²⁰ España, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, artículo 262. Art. 262.- Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años (...)

La manipulación mediante noticias parcial o totalmente falsas está contemplada en el artículo 284 del Código Penal español, que regula incluso el monto del perjuicio económico ocasionado a la víctima del delito como un criterio para definir la pena, que puede ser de multa o de prisión.

Estamos en el caso español ante un tipo penal de lesión, en el que incluso existe una cuantificación del perjuicio o beneficio que el delito ocasione, como elemento determinante para su sanción. Al ser este el único antecedente europeo referente a este delito, es destacable el contraste que existe con la legislación de varios países latinoamericanos que propenden al adelantamiento de la punibilidad en los delitos económicos en general y en el pánico financiero en particular.

1.2.- Fundamentos fácticos de la tipificación

El tipo penal, además de una descripción de conductas consideradas como delitos, en su concepción tradicional, debería ser estos momentos un método de prevención de delito que, como la última ratio del Estado para intervenir e impedir actividades que lesionan bienes jurídicos primordiales para el desenvolvimiento de una sociedad democrática,²¹ tendría que partir de un estudio claro respecto de las circunstancias que componen la conducta de quienes cometen el pánico financiero.

En el análisis del pánico financiero como un tipo penal independiente es necesario definir la profundidad de la afectación que potencialmente puede ocasionar el cometimiento de la infracción en la vida económica de un país. Esto involucra el conocimiento de las consecuencias o resultados que el legislador busca prevenir con la tipificación.

El pánico financiero, en términos económicos es definido por Milton y Rose Friedman como aquella situación en la que uno o varios bancos se ven en la necesidad de suspender pagos, cuando la mayoría de cuentahorristas o cuentacorrentistas pretende retirar sus depósitos o acreencias con cargo al patrimonio de la institución financiera, al mismo tiempo y en efectivo. El retiro simultáneo tiene como origen los

²¹ Juan María Teradillos Basoco, *Derecho Penal sistema económico y empresa*, en Derecho penal económico, Tomo I, 120-121.

rumores u otras circunstancias que llevan a los depositantes al convencimiento, basado en la realidad o no, de que el banco es insolvente y no puede cumplir con sus compromisos financieros.²²

Una primera reflexión sobre este concepto es que el pánico puede localizarse en una institución financiera o en varias de ellas, al mismo tiempo. ¿Es necesario entonces que el Derecho Penal intervenga anticipadamente para sancionar a quienes buscan destruir con falsedades la confianza en un banco específico, perjudicando en apariencia sólo los intereses individuales de sus accionistas y depositantes? ¿No es suficiente establecer un mecanismo civil de resarcimiento de los perjuicios ocasionados a los accionistas y clientes del banco atacado?

La respuesta a la primera pregunta del párrafo anterior la encontramos en el delicado equilibrio del sistema de crédito de un país y la influencia que en él ejercen las expectativas de los agentes económicos y la confianza en sus instituciones.

Para Charles Kindleberger²³, la génesis de una crisis tiene causas remotas y próximas. Las remotas tienen que ver con problemas económicos estructurales como la expansión del crédito o la especulación, mientras que las causas próximas están constituidas por cualquier incidente, por insignificante o local que parezca, que afecte la confianza en el sistema²⁴.

La generalización del pánico lleva a los bancos a acudir a préstamos de otros bancos o liquidar en lo posible sus inversiones. Las expectativas cambian de dirección hacia el pesimismo. La gente busca transformar inmediatamente sus productos, acciones, propiedades inmobiliarias, letras de cambio y divisas en efectivo, muchas veces asumiendo una pérdida. Los precios bajan, se recortan los préstamos bancarios, quiebran las instituciones financieras y con ellas sus prestatarios, que actúan en el sector real de la economía.

²² Milton Friedman y Rose D. Friedman, *Libertad de Elegir*, Ediciones Grijalbo S.A., (Barcelona, Ediciones Orbis, 1979-81), 108.

²³ Charles P. Kindleberger, *Manías, Pánicos y Cracs*, Editora Espasa Calpe Argentina S.A (Buenos Aires, Editorial Ariel, 1989), 144

²⁴ El autor menciona como causas próximas la bancarrota, un suicidio, la negativa de un préstamo a una gran compañía, etc.

El principal factor de transmisión de los auges, depresiones y pánicos en la economía es el contagio psicológico²⁵, que actúa en correlación con otras circunstancias como la cotización de títulos y mercancías y las tasas de interés. El efecto de esta propagación de noticias de persona a persona es el alza o la baja del precio de los productos y servicios, y la consecuente variación de las expectativas económicas de la población que siempre busca proteger sus recursos y maximizar sus ganancias.

Con base en esto creemos que la prevención de un delito pluriofensivo como el pánico financiero, implica el reconocimiento previo de los bienes jurídicos en juego, que no sólo están relacionados con la propiedad de los administradores y accionistas del banco afectado, sino con otros bienes mediatos como la estabilidad del sistema crediticio cuyo colapso ha sido con todo acierto equiparado con el peor de los terremotos²⁶. El Ecuador lamentablemente tiene una experiencia de reciente data sobre este asunto que ilustra la gravedad de estas circunstancias.

1.3.- Análisis de derecho comparado: casos colombiano y guatemalteco

Las dos legislaciones escogidas para un estudio específico de derecho comparado tienen un denominador común con el caso ecuatoriano. Son tipificaciones que se materializaron en el ordenamiento jurídico como una reacción a un hecho público de alcance nacional, de especial gravedad.

En Colombia, hasta el año 2000, el ordenamiento penal colombiano sancionaba en un mismo tipo penal, las figuras de pánico económico y agiotaje, como si fueran una sola conducta, pese a las diferentes características de cada una.

En el Código Penal colombiano de 1936 por primera vez aparece con la denominación de pánico económico el delito consistente en “la publicación de noticias falsas, exageradas o tendenciosas que pongan en peligro la economía nacional o el crédito público”. Esa definición se reproduce en el Decreto 100 de 1980

²⁵ Charles P. Kindlerberger, *Manías, Pánicos y Cracs*, 159.

²⁶ Michel Chevalier, *Lettres sur l'Amérique du Nord*, Societe Belge de Librairie (Tercera Edición, 1838, Volumen I), 37, citado por Charles P. Kindlerberger, *Manías, Pánicos y Cracs*, 137.

con un cambio en la descripción de la conducta, porque a partir de esa ley, se abandonó como elemento integrante a las noticias falsas y tendenciosas y se estableció una cláusula más general que sancionaba “toda maniobra fraudulenta” encaminada a alterar los precios de los “artículos de primera necesidad o de los salarios, materias primas, acciones o valores negociables”²⁷.

La Comisión Primera de la Honorable Cámara de Representantes de Colombia decidió dividir en antiguo tipo penal de pánico económico en tres tipos independientes: agiotaje, pánico económico (o financiero propiamente dicho)²⁸ y maniobras fraudulentas para alterar el precio de valores inscritos en mercado bursátil.

Un proceso similar vivió la República de Guatemala durante la década anterior. Con antelación a la vigencia del pánico financiero como un delito independiente, se produjeron varios intentos de desestabilizar instituciones financieras, en el marco de la situación de vulnerabilidad generada en el sistema financiero guatemalteco, como consecuencia de la intervención del Banco del Café por la Junta Monetaria en 2006.

Esta situación ocasionó la promulgación del Decreto Legislativo 64-2008 del Congreso de la República de Guatemala, que introdujo en el Código Penal el artículo 342 B, con el fin de sancionar a quienes menoscaben la confianza en las instituciones del sistema financiero con informaciones falsas o inexactas. La tipificación guatemalteca incluye una definición de lo que debe entenderse como menoscabo de la confianza y excluye directamente la responsabilidad de quienes realizan análisis y opiniones con base en información completa y verificable, sobre el sistema financiero guatemalteco.²⁹

²⁷ Hernando Hernández Quintero, *Los Delitos Económicos en la Actividad Financiera*, 197.

²⁸ El tipo penal de interés para nuestro estudio es el establecido en el artículo 302 del Código Penal colombiano que textualmente manifiesta lo siguiente: “Art.- 302 Pánico Económico: El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un Fondo de Valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente reconocido incurrirá por ese sólo hecho en prisión de dos a ocho años y multa de cincuenta a quinientos salarios legales mensuales vigentes”.

²⁹ Decreto Legislativo No. 064-2008, emitido por el Congreso de la República de Guatemala, publicado en el Diario de Centroamérica No. 65, Tomo CCLXXXV el 20 de noviembre de 2008. Art. 342B.- Pánico financiero. Comete delito de pánico financiero quien elabore, divulgue o reproduzca por cualquier medio o sistema de comunicación, información falsa o inexacta que menoscabe la confianza

El tipo penal que describe la conducta de pánico financiero en Guatemala, considera que podrían existir dos acciones en detrimento de la confianza de la institución financiera: la afectación al prestigio y reputación del banco o la ocurrencia de la corrida de depósitos. Debemos entender, después de analizar el primer párrafo del artículo 342B, que debería producirse una de esas alternativas o ambas al mismo tiempo, para que se entienda cumplido el requisito normativo de afectación a la confianza de la institución financiera, requerido por el tipo penal guatemalteco-

1.4.- Efecto disuasorio del tipo penal respecto de las conductas que atentan contra el orden económico social:

El tipo penal está compuesto de dos partes claramente diferenciadas que le permiten cumplir su función social. En él constan la descripción exhaustiva de la conducta penalmente relevante y la consecuencia jurídica que se deriva de su ocurrencia. El nacimiento del tipo está precedido por la decisión político criminal de proteger un bien jurídico determinado, sobre la base del perjuicio que la conducta produce socialmente.³⁰

La consecuencia que se deriva del cometimiento de la conducta típica es la pena o sanción que el Estado considera debe aplicarse como mecanismo para

de los clientes, usuarios, depositantes o inversionistas de una institución sujeta a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos. Se entenderá que se menoscaba la confianza de los clientes, usuarios, depositantes o inversionistas de una institución cuando, como consecuencia de los referidos actos, se altera contra su reputación o prestigio financiero o que la misma sea objeto de retiro masivo de depósitos o inversiones, mayores o superiores a su flujo normal u ordinario.

El responsable de la comisión de este delito será sancionado con prisión de uno a tres años y con multa de cinco mil a cincuenta mil Quetzales

Si el delito fuere cometido conociendo o previendo los daños o perjuicios a causar a la institución, el responsable será sancionado con prisión de cinco a diez años inmutables y con una multa de Cien mil a ochocientos mil Quetzales. En este caso, no se podrá otorgar cualquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal.

Las sanciones a que se refiere el presente artículo serán aumentadas en una tercera parte cuando el responsable del delito sea accionista, director, administrador, gerente, representante, funcionario o empleado de institución sujeta a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos, o autoridad, funcionario o empleado del Banco de Guatemala o de la Superintendencia de Bancos.

³⁰ Juan Bustos Ramírez, Derecho Penal. Parte General, ARA Editores (2005, Lima), 803, citado por Ramiro J. García Falconí, *Código Orgánico Integral Comentado Tomo I Arts. 1 al 78*, ARA Editores (2014, Lima, primera edición), 258.

restablecer el orden afectado por la infracción, resarcir a las víctimas y satisfacer el ideal de justicia vigente en un sistema social determinado.

La concepción de los fines de la pena ha variado a lo largo de la historia, en la medida en que los derechos del individuo han prevalecido como el principal referente que determina el espíritu de las legislaciones nacionales.

En un primer momento, la pena se concibió como una medida exclusivamente retributiva, encaminada a devolver al infractor el mal que había causado. También se la consideraba como un medio para reafirmar la prevalencia de la voluntad del Estado, representada por la legislación, frente a la voluntad especial y contradictoria del infractor, quien al cometer el delito se hacía merecedor de un castigo que debía ser equiparable, a nivel simbólico, a la falta en la que incurrió.³¹

El enfoque reseñado en el párrafo anterior cambió hacia una concepción utilitarista de la pena. La sanción dejó de considerarse como el medio para restablecer la justicia y la moral en el mundo y empezó a ser concebida como un instrumento de prevención del delito.

Las teorías de prevención del delito han descrito a la pena, en primer término, como un método de coerción psicológica, complementario a la coerción física, que ejerce la ley. La pena sería un contraimpulso o amenaza encaminada a desalentar a los eventuales infractores, que también cumple la función de castigar a quienes ya delinquieron. Este enfoque evolucionó hacia la teoría de la prevención general positiva, en la que se reconoce que la pena, aparte de una amenaza, constituye un símbolo que refuerza la confianza de la ciudadanía en la estabilidad del sistema social, que además tiene como uno de sus fines la rehabilitación del sentenciado.³²

La existencia de un sistema penal supone un límite para la libertad humana, impuesto por el Estado y justificado únicamente para proteger a los demás individuos, que se verían afectados si se lesionan bienes jurídicos individuales o colectivos. La última razón o fundamento para la actuación del derecho penal, entonces, es la

³¹ Las teorías retributivas absolutas de Kant y Hegel son reseñadas por Ramiro J. García Falconí, *Código Orgánico Integral Comentado Tomo I Arts. 1 al 78*, 444-46.

³² Ramiro J. García Falconí, *Código Orgánico Integral Comentado Tomo I Arts. 1 al 78*, 450 a 451.

protección de los bienes jurídicos necesarios para la preservación de la paz e integridad sociales.

En ese marco actúa el efecto disuasorio de la pena, que tiene un carácter preventivo general, dado por la proporcionalidad entre el castigo y los intereses protegidos con la prohibición de ciertas conductas. Además la pena tiene una finalidad preventiva especial, porque busca, al menos en teoría, la rehabilitación del delincuente.

Como conclusión, debemos afirmar que la pena guardará una relación proporcional y determinante con el bien jurídico tutelado por el Estado, en el caso de los delitos económicos en general y el pánico financiero en particular. Se buscará, entonces, incrementar el efecto disuasorio sobre todo en lo relacionado con el efecto preventivo general (amenaza).

1.5.- Bien jurídico protegido

El injusto penal tiene dos criterios de valoración que permiten una apreciación sistemática de la antijuridicidad de la conducta ejecutada por los supuestos infractores y, también, de los resultados que provocan sus acciones.

En primer término existe un juicio de desvalor de la acción, el cual implica la constatación de la inconformidad de la conducta con el ordenamiento jurídico vigente y, también, de los elementos subjetivos que determinan esa inconformidad (como el dolo o la culpa).

El juicio de desvalor de la acción debe estar acompañado indefectiblemente por la apreciación sobre si la conducta típica ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico cuya protección es relevante para la sociedad. Este último juicio, necesario para declarar la existencia del injusto penal, es conocido como el criterio de desvalor del resultado, que se fundamenta en el grado de afectación de un bien jurídico ocasionado por la conducta típica.

El juicio de desvalor del resultado es de vital importancia para la protección de los derechos del individuo, en una sociedad democrática. La imposición de la pena es una limitación de la libertad individual del infractor cuyo fundamento es la

afectación o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el Estado, causada por el delito.

La concepción del bien jurídico como fundamento de la protección penal determina su función en la sociedad, que de otra forma sería un elemento legitimador a ultranza de un sistema de normas, en el que la sanción tendría como único fundamento la simple desobediencia de los deberes que el Estado imponga a sus ciudadanos.

Para la doctrina tradicional, los bienes jurídicos son el criterio que permite graduar la pena y modular la intervención del Estado en la libertad de sus ciudadanos, por la necesidad de mantener la paz social.

El resultado del delito del pánico financiero es una afectación de grandes proporciones a la comunidad, representada por el Estado. El bien jurídico “orden económico social” será entonces el justificativo idóneo para que ese Estado implemente medidas de fuerza que mantengan a la comunidad unida y a salvo de un daño de esa magnitud.

Esta concepción de bien jurídico se enfrenta a las teorías de “criminalización en el estado previo de lesión a bien jurídico” que buscan adelantar la protección a un punto en el que la amenaza que pueda originar la lesión sea castigada anticipadamente, con lo que la criminalización evitará la lesión. Deberemos entonces determinar si ese es el espíritu que animó al legislador ecuatoriano y subyace en la técnica que utilizó para la tipificación del pánico financiero.

1.6.- Elementos del tipo de acuerdo con la teoría general del delito

Con este antecedente, podemos afirmar que en el Ecuador, los elementos del tipo penal conocido como “pánico financiero”, que vienen a ser también los requisitos para considerar a dicha conducta como punible, según el artículo 322 del Código Orgánico Integral Penal, son:

a).- El delito de pánico financiero en Ecuador es un delito de acción, porque requiere que una persona “divulgue noticias falsas” sobre una institución financiera o

de la economía solidaria que realice intermediación financiera y esto produzca un retiro de depósitos de gran magnitud.

El sujeto activo del delito hace que un grupo de personas conozca datos de tal naturaleza que puedan causar dos consecuencias definidas: alarma en la sociedad y un retiro masivo de depósitos; y dos consecuencias alternativas, como serían la afectación a la estabilidad de la institución de intermediación financiera o su cierre definitivo. Estamos entonces ante un “hacer” voluntario, doloso o imprudente.

b).- Es necesario tomar en cuenta como menciona García Falconí³³ citando a Sutherland, que “el delito no se hereda, se imita o se inventa; el delito se aprende”. De esta frase nos surge una idea respecto del sujeto activo del pánico financiero: ¿es necesario que el divulgador de información falsa sea una persona versada en el tema financiero, que tenga plena capacidad para entender las consecuencias de sus acciones en el sistema y busque sacar un beneficio concreto de la divulgación? ¿O el sujeto activo del delito puede ser cualquier individuo que por imprudencia transmita datos, opiniones u otras expresiones que tengan como característica la falsedad y como resultado la debacle de una institución financiera?

La solución que plantea el legislador ecuatoriano es castigar a cualquier persona que emita información falsa, cuya divulgación acarree las consecuencias reseñadas, con independencia de la condición educativa, personal o laboral del emisor de la falsedad. El tipo penal del artículo 322 del COIP no hace consideraciones especiales en cuanto al grado de conocimiento del agente respecto del negocio financiero.

La modificación del COIP vigente sería de gran importancia para Ecuador, donde los grupos de poder han empleado desembozadamente la difusión de rumores en contra de sus rivales, en una sucesión de *vendettas*, con el sistema financiero como arena de su “lucha”.³⁴

³³ Ramiro García Falconí, *Nueva delincuencia y nuevos delincuentes: las teorías de la criminalidad económica* en Derecho Penal Económico, Tomo I, (Santa Fe: Rubinzal _ Culzoni Editores, 2012), 23.

³⁴ Un ejemplo de esto lo encontraremos más adelante, cuando reseñemos el caso Banco Pichincha-Filanbanco.

c).- El sujeto pasivo de la infracción es el Estado, no el banco o cooperativa de ahorro y crédito afectados por las falsedades.

En este punto debemos considerar que las legislaciones penales de los países democráticos emplean “normas del Derecho Penal del enemigo para combatir determinadas formas de criminalidad especialmente peligrosas”³⁵. Y la amenaza contra el orden económico social del Estado constituiría un peligro mayor que justificaría la aplicación de esa técnica en la tipificación del pánico financiero, más si pensamos que la conducta en estudio afectaría “el principio de que los gobiernos no pueden menos que intervenir en el curso de los procesos económicos, (...)” y “la gestión intervencionista y protectora del Estado en la economía”³⁶.

Estos supuestos beneficios del orden económico social son altamente cuestionables. Si reparamos en nuestro país, la intervención del Estado en la economía se ha traducido en una situación totalmente contraria al desarrollo, y profundizar el poder estatal con una herramienta penal “del enemigo” puede consolidar la situación actual de indefensión de la ciudadanía no organizada frente a los grupos de poder, antes que mejorarla.

³⁵ Miguel Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho Penal del Enemigo* (Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de Huánuco y Editorial Jurídica Grijley, 2009), 36.

³⁶ Hernando Hernández Quintero, *Los delitos económicos en la actividad financiera* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005)102-4

Capítulo Segundo.- Derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano. Incidencia de los dos enfoques en el derecho penal económico.

2.1.- El derecho penal del enemigo en la legislación penal ecuatoriana.

El derecho penal del enemigo, como una doctrina diferente y de reciente desarrollo, se aleja de algunos conceptos que maneja la teoría tradicional del delito, por lo que es necesario añadir algunas de esas diferencias, que nos aclararán cómo funciona.

En primer término, más allá del bien jurídico protegido, existe el quebrantamiento de la ley como justificación para que actúe el derecho penal en defensa de la vigencia de la norma en una determinada sociedad, que de otra manera perdería su cohesión.

Existe la tendencia en la actividad legislativa a expandir el derecho penal, lo que se muestra con claridad en los ordenamientos jurídicos del mundo occidental que están dispuestos a extender los límites y ámbito de acción del derecho penal, transformando el estado anterior en el que el hombre no podía intervenir ante el peligro, para transformar el peligro en un riesgo que se puede gestionar o prevenir totalmente. Es en este punto en el que el derecho penal actúa para defender la vigencia de la norma y su confiabilidad, con una dureza especial que comunica a la sociedad la importancia que el Estado da a ciertas conductas que pretende evitar. Con esto, el legislador crea simbólicamente una distinción entre quienes comenten esos delitos, especialmente graves, y quienes no lo hacen. De esa conjunción entre derecho “simbólico” y punitivismo extendido o “exagerado”³⁷ nace para algunos el derecho penal del enemigo, caracterizado por significar “un amplio adelantamiento de la punibilidad”, “penas desproporcionadamente altas” –según sus detractores- y “determinadas garantías relativizadas o suprimidas” al sujeto activo de la infracción.³⁸

³⁷ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 1. ed, Cuadernos Civitas (Madrid: Thomson/Civitas, 2003), 78.

³⁸ *Ibid.*, 78–81.

Pero estas características, a primera vista atemorizantes del Derecho penal del enemigo, no han obstado para su extendida utilización, en especial bajo la forma del abandono del paradigma de la lesión consumada por el de la anticipación de la punibilidad, para combatir ciertos riesgos especialmente graves de desestabilización social.

La función de la pena en el Derecho penal del enemigo es básicamente prevenir un peligro, a través de medidas especialmente asegurativas, que se aplican a quienes afectan la seguridad de los ciudadanos, con sus actos especialmente desestabilizadores del orden y la organización social³⁹.

En ese sentido, el Ecuador ejerce un control social meramente reactivo, que busca reforzar la punibilidad de conductas que lesionan intereses legítimos de progreso económico de sus ciudadanos. Para ese efecto, emplea regulaciones que los asambleístas han aprobado, muchas veces, en forma contraria a la técnica legislativa, o reproduciendo preceptos de legislaciones de otros países.

El Estado ecuatoriano se encuentra en una condición de relativa impotencia incluso ante los delitos *tradicionales* –hurto, robo, asesinato, entre otros-. Y ese mismo Estado tiene que ofrecer una respuesta idónea a los nuevos riesgos que trae consigo la *sociedad del conocimiento*. La pregunta es cómo se pretende alcanzar ese objetivo.

El Ecuador, además, está inmerso en la *sociedad del riesgo* conocida como un paradigma social que ha convertido a la tecnología en la base del funcionamiento globalizado del planeta y de la solución de sus problemas.⁴⁰ Este modelo ha producido un notable progreso socio-económico, y a la vez ha generado innumerables riesgos nuevos que de alguna manera, justificarían que el Estado acuda a dos técnicas diferentes a la hora de gestionar el delito y castigar conductas antijurídicas, la una en que el individuo esté favorecido por todos los derechos; y otra que tenga como propósito principal neutralizar al *antisocial*, sin afectar sus garantías fundamentales.

³⁹ Miguel Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*, Colección Estudios de derecho penal de la Universidad de Huánuco Serie maior 2 (Lima: Grijley, 2009), 81.

⁴⁰ Paz M. de la Cuesta Aguado, “Sociedad tecnológica y globalización del Derecho Penal”, en *Derecho penal económico* (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003), 22–23.

La principal diferencia entre el nuevo derecho penal, necesario para regular los retos que afronta la sociedad, y el antiguo, sería que el primero parte de “valoraciones político criminales que apuntal[a]n a un sistema abierto, para evitar que se obstaculice el desarrollo social, sino más bien lo impulse o logre una perfecta y constante adaptación”⁴¹. Queda claro entonces que, por oposición, el derecho penal basado en la antigua dogmática es inflexible y, hasta cierto punto inadaptable, a ciertas realidades de reciente data que pueden tener una gran incidencia como conductas dignas de incriminación. Además no se ha tomado en cuenta “el carácter equívoco del concepto de bien jurídico y la dudosa utilidad de esta teoría para evaluar la selección realizada por el legislador penal, al menos en el campo del derecho penal económico.”⁴²

Flexibilidad, de acuerdo con la idea formulada en el párrafo anterior sería que el Estado tenga la capacidad de ejercer adecuadamente “el control de las actividades creadoras de riesgos en los ámbitos de las tecnologías más avanzadas, propias de la que se denominó “sociedad tecnológica”, tales como las nuevas modalidades de delitos de estragos, delitos contra los consumidores [...]”⁴³. Para cumplir con este objetivo en el Ecuador, no solo falta un análisis político-criminal sino una conciencia básica de hasta qué punto la modernidad se ha convertido en un campo minado que frena el desarrollo de quienes no están dispuestos a abandonar las ideas antiguas.

Frente a esta realidad de riesgo no teorizada sino existente, se necesita un “sistema jurídico-penal...configurado por un instrumental dogmático... de una coherencia inusual y de una potencia demoledora de solución de los problemas prácticos”⁴⁴, como es el normativismo de Jakobs.

Y bien, teniendo en cuenta que existe una situación de amenaza hacia el régimen económico del Estado ecuatoriano, ¿qué ha hecho este para enfrentar la situación de peligro excepcional que atraviesa? Pues, en general, penar las conductas

⁴¹ M. Paulina Araujo G., *Derecho penal económico: los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 73-74.

⁴² Günther Jakobs, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, ed. Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John, 2008, 26, <https://www.overdrive.com/search?q=5A6AB86B-26D7-4DA9-A72A-8065FC43E945>.

⁴³ Cuesta Aguado, “Sociedad tecnológica y globalización del Derecho Penal”, 23.

⁴⁴ Jakobs, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, 9.

que por acontecimientos de gravedad inusitada se han vuelto imposibles de *gestionar civilmente*⁴⁵. En otras palabras, ha *actuado reactivamente y no preventivamente*, teniendo especial cuidado en evitar que se afecte “lo irrenunciable del principio de protección de los bienes jurídicos para la interpretación de los tipos penales”⁴⁶

Sin embargo, el Ecuador no es ajeno a la expansión de la punibilidad en determinados casos relacionados íntimamente con su normal relacionamiento con los agentes económicos interno y externos. Los esquemas foráneos de combate al lavado de activos, delincuencia organizada, delitos contra la propiedad intelectual, entre otros, están regulados en su mayor parte por normas internacionales, que son reproducidas en nuestro país sin muchas modificaciones.

En esta línea y considerando que nuestra Constitución tiene principios rectores, derechos y garantías que defienden “el estatuto de “persona [...] como realidad física; y resalta que [...] la personalidad no es una construcción jurídica, no puede depender de un reconocimiento social, sino de su mera existencia”⁴⁷, estamos ante un escenario muy difícil para integrar una dinámica penal diferente, que reúna un respeto irrestricto a “los derechos y garantías fundamentales [...], sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.)⁴⁸, en conjunto con las técnicas del derecho penal del enemigo que hemos reseñado. Sin embargo, esta aplicación paralela se produce.

⁴⁵ Piénsese en la reacción del Estado ecuatoriano al reforzar el tipo penal de peculado, incluyendo a los funcionarios bancarios de las instituciones del sistema financiero privado como sujetos activos en el Código Penal, después de la crisis bancaria de 1999. O en la prohibición constitucional de congelamiento de depósitos establecida en la Constitución de Montecristi (art. 308)

⁴⁶ Bernd Schünemann, *¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!: sobre los límites inviolables del derecho penal en un estado liberal de derecho*, ed. Universidad Externado de Colombia, trad. Angela de la Torre Benítez (Bogotá, D.C., Colombia, 2007), 27, <https://www.overdrive.com/search?q=DF58D097-7221-4B00-AA11-D47C32927C69>.

⁴⁷ Abanto Vásquez Manuel, “El llamado Derecho Penal del Enemigo. Especial referencia al Derecho Penal Económico”, en *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, ed. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, vol. 1 (Madrid: Montevideo, Republica Oriental del Uruguay: Edisofer; B de F, 2006), 7.

⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco, “El Nuevo Derecho Penal Autoritario: consideraciones sobre el llamado Derecho Penal del Enemigo”, en *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, ed. Guillermo Portilla Contreras (Madrid: Universidad Internacional de Andalucía, 2005), 171.

2.2.- El derecho penal económico y su relación con el enfoque del derecho penal del enemigo. Análisis y justificación.

El derecho penal del enemigo es una concepción que acude a medidas polarizantes que en la práctica son el reconocimiento de la existencia de dos sectores bien diferenciados dentro de la sociedad. Por una parte, existen las personas que cumplen con la ley o que no la violan recurrentemente, quienes gozarían de las garantías necesarias en caso de incurrir en alguna acción reprochable. Por otro lado, existen aquellos que hacen del quebrantamiento de la norma jurídica una costumbre cuya gravedad pone en duda la efectiva vigencia del derecho en la sociedad.

Los ciudadanos, que serían los primeramente nombrados, lo son por sus acciones, es decir por su conducta externalizada. Estas acciones expresan una mínima certeza de sometimiento y cumplimiento de la ley. Los enemigos, por el contrario, con su actuación antisocial, lesiva y contraria a la norma jurídica atentan contra la estructura estatal misma, y por eso en la práctica se han autoexcluido de la sociedad.

Los ciudadanos, por su actuación recta o inocua, tienen derechos y obligaciones de los que depende su condición de *persona* en derecho. Son individuos que honran el pacto que permite el funcionamiento de una sociedad. Son quienes ofrecen una garantía mínima de acatamiento de la norma jurídica, y por ello son quienes respetan a sus semejantes y no atropellan sus derechos. Solo estos individuos son considerados personas en derecho, para los promotores de la concepción del *enemigo*.

Para algunos críticos del derecho penal del enemigo, esta figura/método es una legitimación de la violencia estatal y del autoritarismo, que, a través de decisiones *políticas* califica como *enemigo* al sector de la población que, afirman, se opone al poder gubernamental.

Esta idea nace de tratadistas como Zaffaroni quien considera que a través de la calificación de enemigo se introduciría en el país que utilice esta técnica, una guerra “permanente e irregular”⁴⁹ que, a diferencia de las guerras entre naciones, no estaría

⁴⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal* (México, D.F.: Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V., 2007),151-53.

sujeta a convención o norma internacional alguna que regule el tratamiento que se deben *las partes en disputa*. Además, normalizaría y justificaría un estado perenne de emergencia y excepción que se convertirá en el elemento legitimador del abuso de poder. El *enemigo* sería perseguido no solo con medidas administrativas de aseguramiento, sino con la fuerza de la ley penal. Todo eso justificado por los actos extremos del agresor, que demuestran que la sociedad no puede confiar que respete las normas y a los *ciudadanos* que lo rodean.

De esta forma, el paradigma del derecho penal cambiaría radicalmente. Quienes impiden que los ciudadanos disfruten de sus derechos y cumplan sus obligaciones con la sociedad, serían apartados de esa comunidad, porque se convertirían en enemigos.

Una de las principales objeciones que realizan ciertos tratadistas como Kai Ambos a la concepción de Jakobs, es la calificación o determinación de quienes son los enemigos, a la que describe como excesivamente abstracta, sin elementos objetivos que sirvan para el análisis judicial que ciertamente es el método para realizar la distinción con los ciudadanos⁵⁰. Además la pena sería una simple comprobación de la identidad social, lo cual da a entender que existe necesariamente una cultura que prevalece sobre otras dentro del ámbito de aplicación territorial de determinado país, lo que deviene en una especie de supremacismo garantizado por la Ley penal.

La idea principal entonces sería que quienes atentan gravemente contra la convivencia social se autoexcluyen del colectivo de ciudadanos, para volverse individuos a los que se debe *neutralizar*.

Es digno de destacar que, pese a que varios elementos del derecho penal del enemigo se consideran de alguna manera independientes de la obligación de protección de un bien jurídico (como por ejemplo, los delitos de peligro abstracto), en otros casos utilizan la gravedad del daño a los valores de una sociedad normativizados en la Ley como la motivación necesaria para que el legislador haga con la ley penal una *exclusión de la sociedad en segmentos*.

⁵⁰ Kai Ambos, *Derecho Penal del Enemigo*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 379, <https://www.overdrive.com/search?q=C9CB0912-E2CA-4C5E-AE95-8009E9D55453>.

En este punto surge una duda, que bien podría ser aplicable a nuestro país, que se encuentra atascado en el intervencionismo estatal. De varias formas el derecho penal del enemigo es un esquema que establece un supuesto estado de guerra interna en contra de quien no se ha adaptado a los valores de una sociedad –según sus detractores-. El derecho penal del enemigo sería otra herramienta para asegurar la supremacía del colectivo sobre el individuo, al punto de que todos quienes no comulgan con los valores prevalentes de la mayoría se considerarían apartados de sus *conciudadanos*, siendo el Estado el que, perdiendo todo viso de neutralidad respecto de los valores circundantes, actúe de instrumento de perpetuación de determinada ideología.

Pero la agresión y desconocimiento de la norma que implica el delito grave, no es una simple error que no merezca la atención del ordenamiento jurídico, y que pasa desapercibido en virtud de una tan mentada rehabilitación, que favorece únicamente a los infractores, en estos tiempos de prevalencia del Estado constitucional de derechos y justicia.

El derecho penal del enemigo es, para muchos tratadistas, un alejamiento del Estado de Derecho que deja atrás la protección de bienes jurídicos y tiene como nuevo fundamento la defensa de la norma jurídica como estructura de la coexistencia pacífica entre las personas. En estos momentos se ha llegado a la conclusión de que en lo que tiene que ver a su concepción como elemento legitimador de la intervención penal, “el bien jurídico dejó de ser un elemento conceptualmente distinto de la norma, para convertirse en un elemento de la norma misma, en la finalidad de la norma. Como tal, carece de toda posibilidad de operar como límite al legislador”. En este punto entonces quien formula y aprueba la norma – en nuestro caso, los asambleístas- será “el que crea la norma y, por lo tanto, el que establece el fin perseguido por la misma”.⁵¹

El mercado globalizado exige la tipificación abierta de ciertas conductas para proteger su estabilidad y, en este momento, no hay nada más importante para el buen funcionamiento de los mercados y de sus partícipes e intermediarios, que las

⁵¹ Jakobs, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, 20–21.

instituciones financieras. Ahí es cuando entra el derecho penal del enemigo como una alternativa para solucionar dichos problemas.⁵²

Pensemos un momento en la importancia de una institución financiera: por un lado, maneja los capitales de grandes, pequeños y medianos ahorristas que han confiado en el Banco para que administre sus recursos. Además, la participación de las instituciones financieras en el sistema crediticio convierte a este sector en indispensable para la economía nacional.

Teniendo en cuenta estas cualidades y la posibilidad de que la divulgación de noticias falsas sobre una institución financiera pueda derivar en una corrida de depósitos. Y que históricamente los retiros masivos de depósitos tienen el potencial de generar un efecto dominó que incluye la baja de los valores bursátiles, en especial las acciones, de varias instituciones financieras, además de la directamente afectada por la difusión de la información fraudulenta, estamos ante una acción típica que podría desatar una crisis de incalculables dimensiones.

La afectación que sufra el orden económico será el principal fundamento de la sanción más asegurativa que el legislador dicte contra quien se oponga al orden económico social. La medida de la sanción debería ser el grado de afectación que sufra la economía como consecuencia del delito cometido.

El normativismo radical, teoría a la que se debe la concepción del derecho penal del enemigo, se aleja, en cierta forma, de la protección del bien jurídico como legitimante del derecho penal o si es posible la reorganiza, dando un papel principal a la violación de la norma como justificativo de la aplicación de la pena.

El delito, para el normativismo, es un quebrantamiento de las expectativas sociales convertidas por el legislador en norma de estructuración social. Sin la norma, no hay sociedad y sin sociedad no hay persona en Derecho. Por eso el derecho penal se activa cuando se viola la norma y no cuando se lesiona un bien jurídico, aunque de una forma mediata también el bien jurídico en su concepción tradicional es defendido por la norma.

⁵² Abanto Vásquez Manuel, “El llamado Derecho Penal del Enemigo. Especial referencia al Derecho Penal Económico”, 42-45

Lo que debe prevalecer dentro del orden social es la vigencia de la norma. Y el custodio de esa vigencia es el derecho penal para los actos que constituyen un peligro manifiesto para la convivencia social. Las expectativas sociales incluyen, en mi opinión, el contar con una economía sana y que funcione adecuadamente para solventar las necesidades de la comunidad. Tenemos entonces, que la defensa de la economía y del orden económico social es compatible con el normativismo que las considera legítimas expectativas sociales de la comunidad.

Habrá que resaltar que las normas pertenecientes al Derecho Penal del Ciudadano y al Derecho Penal del Enemigo, no se encuentran en estado puro en determinado sistema penal, que así quedaría orientado en uno solo de esos tipos ideales. Existen ordenamientos jurídicos que siguen ambas orientaciones teóricas, de tal suerte que vamos a encontrar en cada sistema una norma que castigue la tentativa –que es una de las técnicas más aceptadas que pertenece al Derecho penal del Enemigo-, y también normas para juzgar a infractores menores, con garantías reforzadas a favor del autor –lo que pertenecería a un reconocimiento de la personalidad que realiza el Derecho penal del ciudadano-.⁵³

2.3. El Pánico financiero y las técnicas del derecho penal del enemigo

El derecho penal del enemigo enfrenta a la teoría tradicional del derecho penal económico que considera que el momento de la punibilidad de una conducta llega solo cuando se ha consumado el acto típico y antijurídico, es decir, cuando se concreta la lesión al bien que la sociedad ha considerado como digno de protección.

Los teóricos del derecho penal del enemigo consideran al enfoque tradicional sobre la pena como insuficiente. El paradigma tradicional no tiene el efecto disuasorio ni previene la ocurrencia de la acción, porque se activa una vez dada la consumación del hecho injusto. Sin embargo, las circunstancias de ese hecho analizadas preventivamente podrían impedir que se repitan esas conductas.

⁵³ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 1. ed, Cuadernos Civitas (Madrid: Thomson/Civitas, 2003), 21–2.

De esta carencia surge la necesidad de emplear técnicas jurídicas que repriman y sobre todo, prevengan la lesión material del bien jurídico, antes de que esta se produzca. El derecho penal del enemigo provee las técnicas que describiremos en este estudio.

Es destacable que las medidas que se adoptarían en estos tiempos para implantar el derecho penal del enemigo, difieren de las que en algún momento estuvieron vigentes en los regímenes autoritarios que surgieron en Europa durante la primera mitad del siglo XX. En ese tiempo, se penaba el mero pensamiento, la supuesta predisposición a cometer un acto dañoso, de forma discrecional. En ese periodo se desechó el *Derecho Penal de Culpabilidad por el acto*⁵⁴ en el cual se juzgaba el grado de culpabilidad de una persona por el nivel de participación material en el cometimiento de una infracción, a un sistema que castigaba la mera sospecha fundamentada en la subjetividad del infractor. No se pretendía castigar las acciones de los “infractores”, sino su “predisposición psicológica” a cometer el crimen⁵⁵, lo que acarreó la persecución de las personas más por su pensamiento que por sus acciones.

Lejos de cualquier consciencia sana está el proponer el regreso a esas concepciones represivas que criminalizan indiscriminadamente a grupos enteros de la sociedad, calificados como *marginales* por el poder estatal. Sin embargo, la naturaleza de las amenazas que encontramos en estos momentos hace indispensable que ciertas conductas sean castigadas en base a un modelo idóneo como es el de la clasificación normativa de los individuos en ciudadanos y enemigos, lo que permite diseñar una fuerte respuesta, acorde a la intensidad de la amenaza.

Sin embargo, las medidas de anticipación de la punibilidad ya son utilizadas de manera continua aun en los Estados llamados *democráticos*, que tienen en sus legislaciones normas específicas que bien pueden valorarse como pertenecientes al ámbito del derecho penal del enemigo.

Hay que considerar asimismo que el calificativo “enemigo” no se utiliza en un sentido espiritual- religioso, sino como una categoría científica y normativa, elaborada

⁵⁴ Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*, 353.

⁵⁵ *Ibid.*, 354.

con el objetivo de reconocer una situación jurídico penal que ya existe en diferentes formas como figura reconocida en los países considerados *democráticos*, sobre todo de Europa.

Además el hecho de que el individuo, por sus propias acciones, descienda a la categoría de enemigo, de ninguna forma implica que no se van a respetar las garantías que como *persona* tiene a la hora de un juzgamiento. La enemistad del individuo manifestada en su permanente actitud de agresión a la seguridad cognitivo conductual de respeto por la norma, afecta al resto de individuos que, en función de su rol en el sistema social, tienen derechos y obligaciones, cuya consecución se verá seriamente comprometida por las acciones del *enemigo*. Pero eso no hace que el espíritu del derecho penal del enemigo sea autoritario, violador de derechos o una carta abierta para el desconocimiento de las garantías mínimas que tienen los seres humanos.

Lo que se busca con las técnicas del derecho penal del enemigo es que la vida social se vea lo menos perturbada posible por las acciones de quienes han demostrado no tener deseos de incorporarse a una sociedad, a la que constantemente agreden. El individuo que realiza estos actos será neutralizado con una medida que restaure la seguridad del sistema social, y en base a ese objetivo, será proporcional y justa partiendo de la definición normativa que adopte la legislación de un país con respecto a la categoría de enemigo.

Ahora bien, el negocio bancario, que es uno de los puntales del mercado globalizado, ha pasado a ser objeto de regulaciones penales en fechas relativamente recientes, lo que refleja el intenso involucramiento del Estado en la economía de los países, que han valorado la importancia de las operaciones financieras como un servicio público que debe estar regulado estrechamente. Es decir, tenemos un área de la vida social (la banca) cuyo correcto desenvolvimiento debe precautelarse de una manera especialmente severa y del cual depende, en gran medida, la posibilidad de que los mercados funcionen de una manera adecuada y fluida.

La banca privada ecuatoriana, por ejemplo, “tenía hasta agosto de 2020 un total de activos de 45.018 millones de dólares; el saldo de depósitos del mismo año alcanzó los 34.258 millones de dólares, lo que significó un crecimiento anual de 6,9%; al aumentar los depósitos, con una colocación de créditos en el sector productivo de

59,4% y en el sector de créditos de consumo del 40,6%, según datos de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador (ASOBANCA)”.⁵⁶ Estamos hablando de un sector que representa una parte importante de la economía de nuestro país. Por lo tanto, las expectativas sociales para su protección son especialmente profundas, dado el antecedente de inestabilidad institucional y ejercicio poco ético del control en ciertas entidades públicas.

De ahí que tenemos un bien jurídico que está protegido por la tipificación del pánico financiero en el COIP, pero, además, es nuestra opinión que dicho bien no es único, sino múltiple. Esto quiere decir que quien comete el delito de pánico financiero por una parte, obviamente lesiona el orden económico social, cuya importancia ya describimos en los párrafos anteriores. Sin embargo, con la consumación de su delito, el agresor ocasiona también una perturbación de incalculables proporciones en la paz social, la seguridad del resto de ciudadanos y pone en duda la vigencia de la norma jurídica de manera grave. Basta pensar en la involución económica que significó para el país el feriado bancario -con una caída de al menos el 4 % del Producto Interno Bruto de Ecuador ocurrida en 1999- para que debamos categorizar como de suma gravedad a un delito que, de cumplirse las intenciones del infractor, podría desestabilizar el sistema financiero de un país, usando como arma informaciones y/o afirmaciones falsas sobre la salud financiera de determinado banco.

El pánico financiero y, en general algunos de los delitos económicos más dañosos, no pueden excluirse de la tendencia que busca evitar peligros antes que castigar crímenes. La eficiencia del derecho penal debería medirse por el grado de confianza que los ciudadanos tengan en el cumplimiento de las normas. Y de esa confianza surgirá la posibilidad de que los ciudadanos –las personas que cumplen con la Ley, o que no la violan de forma continuada- puedan seguir con sus vidas y cumplir su rol en la comunidad. Si el derecho penal económico aplicado por determinada sociedad no cumple con su misión de preservar la estabilidad del sistema financiero, monetario y de pagos, hay que incorporar al ordenamiento jurídico las técnicas

⁵⁶ ASOBANCA, “Evolución de la Banca Privada Ecuatoriana.- Agosto de 2020”, Institucional, (s. f.), <https://www.asobanca.org.ec/publicaciones/evoluci%C3%B3n-de-la-banca/evoluci%C3%B3n-de-la-banca-agosto-2020>.

legislativas que permitan desempeñar su función protectora de la libertad de sus ciudadanos.

En este punto, vale indicar que la diferenciación entre *persona en derecho* y *enemigo* parte del respeto que tengan o no tengan dichos sujetos a la norma jurídica. Quien impide la aplicación de la norma jurídica no puede tener el mismo tratamiento que una persona que cumple con el Derecho. Y quien trata de regresar a su posición integral de *persona* después de haber cumplido con las medidas asegurativas o pena que disponga la Ley para purgar su delito, no puede tener el mismo trato que el individuo que olvida sus obligaciones como ciudadano e impide a sus semejantes desarrollar a plenitud su personalidad en derecho.

Por ello, los conceptos jurídicos de persona y enemigo tienen que aplicarse respetando las prescripciones del Estado de Derecho. El tratamiento diferenciado que la Ley da al enemigo no lo priva de ejercer sus garantías constitucionales y no es esa la intención del Funcionalismo Jurídico⁵⁷ y sus técnicas.

Además, el Derecho Penal del Enemigo no significa que el Estado caerá en una situación de adelantamiento de la pena descontrolada e indiscriminada. El Derecho Penal del Enemigo también sigue el precepto de que las “[s]imples molestias o disgustos, que amenazan al individuo o meras imperfecciones de la organización social, no pueden justificar acudir al derecho penal”.⁵⁸ Lo que no se puede negar es que “[t]odos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses de los individuos o de la comunidad. No los crea el orden jurídico, sino la vida; pero la protección por parte del orden jurídico eleva los intereses vitales a bienes jurídicos.”⁵⁹

La sociedad, en la lucha contra el enemigo, no lo convierte en un paria. El enemigo sigue siendo persona en los ámbitos en los que su conducta no haya dañado la seguridad y la paz de la sociedad. Pero, dado que por su propia voluntad el enemigo se aleja de la norma y de sus deberes, desestabilizando así el cumplimiento de la ley,

⁵⁷ Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. Cancio Meliá, Manuel, Primera (Madrid: Civitas, 2000), 15. Para Jakobs “el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.”

⁵⁸ Schünemann, *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!*

⁵⁹ Jakobs, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, 19.

a la sociedad no le queda más recurso que el de agravar su pena o implementar otras técnicas que protejan anticipadamente a los ciudadanos de sus acciones.

La condición de persona admite según Polaino –Orts una clasificación doble. Por una parte existe la personalidad simple o fundamental, que los individuos nunca pierden y que es la que les concede la plena vigencia de sus garantías y derechos básicos –como el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la vida, entre otros-. Y existe también en conjunto con esa personalidad primigenia, la personalidad completa, también nombrada civil, la que corresponde “a quien se la gana”⁶⁰ y que equivale a la plena ciudadanía. La personalidad completa y todas las normas que la contienen, se ve mermada cuando los infractores se autoexcluyen de un ámbito específico por su accionar y, así, pierden la parte equivalente a los derechos que han arrebatado a los demás, lo que les impide ejercer su ciudadanía a plenitud.

Este es el punto que más polémica despierta en el estudio del Derecho Penal del Enemigo. Hay que aclarar que el principal obstáculo para el reconocimiento en el ámbito científico del Derecho Penal del Enemigo, es la supuesta despersonalización jurídica que sufre el individuo, que, a diferencia de lo que afirman varios tratadistas, no implica su neutralización a cualquier costo. Lo que se busca y se exige del individuo es que sea un partícipe que desempeñe su función social, desarrollando sus capacidades en un marco de respeto a su prójimo, quien a su vez debe permitir al primero desenvolverse en paz (la paz social que exige la norma). Este será el estado ideal en el que los seres humanos pueden ser *personas en derecho*.

Es interesante que dogmáticos como Zaffaroni manifiesten abiertamente su falta de confianza en el derecho penal como instrumento de la sociedad para defender sus expectativas normativizadas. Esa posición parece especialmente dirigida a los delitos económicos, en los que según este tratadista “hay una general inoperancia y, en los pocos casos en que opera, suele instrumentárselo como medio de eliminación competitiva por el que se resta la cobertura de invulnerabilidad al menos poderoso.”⁶¹

Zaffaroni advierte que el enemigo, para él, siempre será un enemigo político, porque el objetivo del derecho penal es “contener a una mayoría considerable,

⁶⁰ Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*, 253.

⁶¹ Eugenio Raul Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 3. reimpr (Buenos Aires: Ediar, 2003), 113.

impidiendo que se coaligue u organice”⁶² contra las normas y valores dominantes que determinan las acciones sociales. De esa forma, los enemigos pasarán a ser “todos los integrantes de esa mayoría, aunque no en el sentido de ‘enemigos en la guerra’, sino en el de ‘enemigos en la política’, o sea, en otra forma de ejercicio del poder.”⁶³

El problema de la legitimidad del derecho penal surge de la confianza que el ciudadano tenga respecto del Estado y la seguridad que este preste para el mantenimiento de la vida y salud de sus ciudadanos. El Estado debe hacer que las expectativas legítimas de la sociedad se encuentren protegidas y que exista un grado de certeza razonable para los individuos de que sus bienes e integridad estarán seguros. Como veremos más adelante, el mecanismo orientador de la vida de las personas que cumplen sus derechos y obligaciones es el ordenamiento jurídico, que constituye el basamento de la sociedad y el elemento que dota de estabilidad al sistema. La orientación de la conducta humana la encontraremos en las normas y valores considerados positivos por una sociedad, que son protegidos por el Derecho.

Para Zaffaroni, el sistema penal “quiere mostrarse como un ejercicio de poder planificado racionalmente”⁶⁴ pero a la larga, bajo la inspiración de las ideas de Jakobs constituye “una grave decadencia del pensamiento, desde que se desembaraza de la verdad para reemplazarla por lo funcional”⁶⁵. A esta concepción pesimista se opone el hecho de que para fines de aplicación práctica del derecho penal siempre será mejor contar con un sistema que incorpore como su principal basamento, la defensa y seguridad básica de los ciudadanos que cumplen sus derechos y obligaciones. De ahí que el legitimador principal de las normas penales del enemigo será el grado de peligrosidad del enemigo, es decir la medición –en lo que fuere posible- de la lesividad de su conducta, que lo convierte en un desestabilizador del orden establecido y de los derechos de sus conciudadanos⁶⁶.

⁶² Ibid., 232.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid., 20.

⁶⁵ Ibid., 91.

⁶⁶ Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*, 333.

Además, el Derecho penal del Enemigo no es una simple “falla de técnica legislativa”⁶⁷ o, un intento de ampliar la punibilidad de las conductas hasta límites intolerables y autoritarios. Al parecer, Zaffaroni, demuestra sobre todo una resistencia *política* a todo lo que significan las técnicas del Derecho Penal del Enemigo, que serían, según su criterio, un abandono total del principio de bien jurídico protegido y de culpabilidad del autor, lo que acarrearía que el ser humano deje de ser el centro y fin del Derecho, para pasar a la calidad de un subsistema fallido que no encaja en el sistema social.⁶⁸ Frente a esto, Jakobs ha reafirmado que la calificación de enemigo no es arbitraria y que un componente importante que debe analizarse, dentro de la determinación del enemigo es su comportamiento frente a la norma, que es la base objetiva que permitiría juzgar si el autor ofrece la seguridad cognitiva de cumplimiento del ordenamiento jurídico. Si el comportamiento del autor ha evidenciado un especial poder de desestabilización social, el ordenamiento jurídico empieza el combate para defenderse y proteger a sus ciudadanos, sin descartar la posibilidad de que el *enemigo* vuelva a ser un ciudadano, después de cumplir su condena, rehabilitarse y demostrar objetivamente que su conducta no constituye ya un peligro.

Sin embargo de estas contradicciones teóricas, no puede negarse la evidente existencia y utilización por parte de los Estados de las técnicas del enemigo, cuando de defender bienes jurídicos individuales o colectivos se trata. Países que no son necesariamente “autoritarios” emplean las técnicas de la punibilidad anticipada de la tentativa, del castigo de los actos preparatorios en los mismos términos que el acto delictivo consumado o de la penalización de los actos secundarios, lo que *per se* no puede calificarse como antidemocrático o contrario a los derechos humanos. Alemania no es una dictadura que arrasa con los derechos básicos de la población y es justamente en esta potencia donde mayor acogida ha tenido la protección de la norma, concebida en el paradigma del Derecho Penal del enemigo.

Si el infractor comete un delito atroz, o reincide en sus acciones antijurídicas, no es un castigo *proporcional* que se le condene con igual pena que a un delincuente

⁶⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, 1a. ed, Documentos (Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993), 136.

⁶⁸ *Ibid.*, 78.

no habitual o menor, que no ha desafiado en forma continuada y grave a la vigencia del Derecho. De ahí que no es correcta la afirmación de que el Derecho Penal del Enemigo es una especie de condena insalvable aplicada desproporcionadamente a los individuos que violan la Ley, con un afán de persecución irracional que busca convertir a los seres humanos en meros engranajes de la maquinaria estatal o segregar a la sociedad en categorías absolutas e incuestionables.

Tampoco debe considerárselo como una técnica integralmente despersonalizadora que aparta a un sector de la sociedad de las garantías de las que gozan los ciudadanos, desconociendo sus derechos humanos. La despersonalización parcial nace del mismo autor del delito que voluntariamente niega y agrede las expectativas sociales jurídicamente protegidas; y para enfrentar esa negativa personalísima del infractor de incorporarse a la sociedad, el Estado actúa implantando medidas asegurativas especialmente agravadas o penas que impidan una futura desviación en perjuicio de la mayoría.

El Derecho Penal moderno tiene como fin garantizar "...–desde la perspectiva del conjunto de la sociedad- el derecho como estructura de la sociedad y, con ello, la configuración fundamental de esta (SIC); y desde la perspectiva individual, garantiza las condiciones fundamentales de las interacciones sociales mismas"⁶⁹. Es decir, el derecho pretende remover los obstáculos que impiden el normal intercambio de bienes, conocimiento, ideas, servicios y demás componentes de la dinámica social.

El derecho penal económico es el garante de la estabilidad y el orden económico social, por lo que debe existir una regulación en todos los tipos penales que sea efectiva y humana para evitar las amenazas existentes en la sociedad del riesgo. Si se concibe a la técnica del Derecho Penal del enemigo de esta forma, comprenderemos que existe proporcionalidad en las medidas asegurativas o penas especialmente agravadas, que tienen como objeto restablecer la paz y la seguridad de los ciudadanos. La medida que adopte el legislador tendrá la intensidad e idoneidad necesarias para restaurar los valores y el cumplimiento de la norma.

⁶⁹ Feijoo Sánchez, Bernardo, *Normativización del derecho penal y realidad social* (Universidad Externado de Colombia, 2007), 182, <https://www.overdrive.com/search?q=431EF293-7CDA-4AE5-AE84-59FDD6290B66>.

Es importante resaltar que el Ecuador se encuentra inmerso, quiéralo o no, en la sociedad de riesgo, muy bien descrita por Niklas Luhmann. Esto significa que ahora las políticas y acciones públicas de la humanidad contrastan con las de la sociedad tradicional, en la que el hombre no tenía conocimiento suficiente para prevenir los delitos o su origen y se encomendaba a la divinidad o al destino para que lo libren del peligro. Frente a esta realidad, la sociedad de riesgo del mundo contemporáneo tiene una idea bastante mejor de las causas de los desastres y de los acontecimientos dañosos, que forman parte de un solo sistema influido por los actos del hombre, por lo que este puede implementar soluciones que permitan encarar a la incertidumbre, transformando el peligro – al que estábamos sujetos fatalmente- en un riesgo –que es susceptible de prevención o de medidas que reduzcan las consecuencias perjudiciales de los hechos.⁷⁰

La concepción del Derecho Penal del Enemigo más que una creación teórica de Jakobs es una constatación de que la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, tienen normas que adelantan la punibilidad de ciertos actos considerados especialmente graves, peligrosos o dañosos, sin exceder los límites del Estado de Derecho. No hay en el Derecho penal del enemigo un ataque a la teoría del daño de un bien jurídico protegido como legitimación de la pena, sino la incorporación anticipada en el tipo de la defensa de bienes jurídicos colectivos, como la paz y la seguridad, junto con la preservación de los bienes jurídicos individuales. No despersonaliza al autor, sino que formula una reacción estatal ante la autoexclusión del delincuente, que con su acto abandona su personalidad en derecho. El criminal no pierde su calidad de persona, sino en la parte que corresponde al sector de su personalidad en derecho que afectó con su acto delictivo.

El Funcionalismo Penal entiende que el ordenamiento jurídico busca que prevalezca “la identidad normativa y la configuración básica de la sociedad”⁷¹. También considera que la sociedad es un sistema integrado de comunicaciones normativas y que el delito no es “un suceso natural entre seres humanos”⁷², sino un

⁷⁰ Alberto Martínez Monterrosa, ed., *Aportaciones de Niklas Luhmann a la comprensión de la sociedad moderna* (Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte, Editorial, 2014), 102–1.

⁷¹ Bernardo, *Normativización del derecho penal y realidad social*, 39.

⁷² *Ibid.*

“proceso comunicativo entre estructuras normativas”⁷³, siendo estas últimas las personas. El delito y la pena son comunicación: el primero representa un desafío a las expectativas sociales hecho por el autor a través de la conducta delictiva; la segunda es una ratificación de la vigencia normativa, que se opone a la oposición del enemigo a la sociedad, que está a cargo del sistema penal.

Entonces, la teoría normativista parte de la idea de que “el derecho penal es una construcción social y de que las categorías dogmáticas tienen que depender, por consiguiente, tanto de las razones por las que el orden social ha construido el derecho penal existente como de los principios organizativos de la sociedad que ha diferenciado dicho sector del ordenamiento jurídico con características propias”.⁷⁴

Deberá existir siempre una conducta externalizada por el autor del hecho (persona, hasta ese momento) para que se activen las normas del *enemigo*. Esto quiere decir que las medidas de contención que el juez aplique tendrán el alcance y la fuerza necesarios para que las acciones del infractor no perturben la seguridad del resto de sus connacionales.

Esa conducta perniciosa, en el ámbito del pánico financiero y financiero, consistiría, en principio, en la publicación con ánimo fraudulento de datos falsos, con el objetivo de provocar una corrida de depósitos y el cierre de otras inversiones de una institución financiera. Esta inconducta afectará la confianza de los partícipes en el negocio bancario, y, potencialmente, puede lesionar la economía de un país de forma grave. Para tener una perspectiva de qué tan lesiva puede ser esta conducta, que sirva la magnitud de una crisis financiera sistémica que los ecuatorianos tan frecuentemente tenemos, cuyo detonante bien puede ser una corrida de depósitos como en 1999.

Con esta concepción, la pena tiene como objetivo dar una respuesta lo más rápida posible al autor del hecho y a la sociedad, que ratifique la preeminencia de la Ley. Al primero, se le demuestra que su violación de la norma no quedará impune, y a la sociedad se le confirma que la norma está vigente y que existen consecuencias en caso de que se produzca una violación normativa. Por eso, los partidarios del normativismo dicen que la reacción del Estado en política criminal consiste

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid., 11.

simbólicamente en dos niveles de comunicación dirigidos al autor del hecho y a la sociedad.

La norma –entre ellas, la penal- exige principalmente de los ciudadanos su fidelidad al ordenamiento jurídico que determina la identidad social. El legislador, a través de la norma, gestiona ordinariamente las expectativas de la comunidad. Podemos ratificar entonces la clara explicación de Jakobs sobre la pena y la sociedad que señala que:

“[e]l Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. Y esto significa, al mismo tiempo, que con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad.”⁷⁵

La expectativa social de tener un sistema financiero sano, es uno de los fundamentos que justificaría el empleo de las técnicas del derecho penal del enemigo en la persecución de la criminalidad económica. Esta respuesta que el Estado aplicaría será siempre más asegurativa y parte de los condicionamientos que la misma sociedad produce, sobre todo en el ámbito de las distintas relaciones económicas que conforman el mercado de bienes y servicios.

De esa forma, no es posible mantener intocados algunos paradigmas de la dogmática penal, que limitan el objetivo de la ley al análisis retrospectivo del delito, cuando existen nuevas formas delictivas que rebasan la capacidad del Estado para brindar seguridad a la sociedad y, por tanto, deben enfrentarse con un enfoque prospectivo⁷⁶, pensando ante todo en la prevención del delito. Por eso, en el juzgamiento de la criminalidad económica debe realizarse un análisis serio de los bienes jurídicos que protege la ley penal, porque estos, en la mayoría de los casos, conciernen colectivamente a la sociedad, cuya organización también debe defenderse.

El enemigo en el ámbito del derecho penal económico será entonces un individuo que con su accionar causa una grave perturbación en la vida económica de una sociedad. No es cualquier delincuente, sino uno que comete delitos de gravedad considerable, que hacen necesaria la aplicación de una medida de seguridad –que en otras legislaciones se aplica a los autores, por su peligrosidad⁷⁷-, que no estará

⁷⁵ Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, 19.

⁷⁶ Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*, 334.

⁷⁷ Vale indicar que las medidas asegurativas que se encuentran actualmente en la legislación penal ecuatoriano (concretamente en el artículo 76 del Código Orgánico Integral Penal COIP) están

orientada únicamente a enfrentar y reparar el pasado – que es el momento del cometimiento de la infracción-, sino al reconocimiento de un peligro futuro, que se puede prevenir si existen las normas adecuadas que permitan evitarlo.

Por eso, la medida asegurativa es un adelantamiento de la punibilidad notorio que buscará evitar que delitos similares se cometan en un futuro, en base a los elementos de juicio que provea el autor con su propia conducta. Porque son los actos del sujeto activo del delito los que determinan si él tiene o no condiciones para comprender la gravedad de la infracción y la necesidad de respetar el Derecho como norma de convivencia social. El delito también es un aprendizaje, y si la sociedad no sanciona a quienes defraudan el interés público representado por el Derecho, se comunica al resto de la comunidad que el delito no tiene castigo, que el delito que se repite varias veces es igual de grave que el delito que se comete solo una vez y que no es posible evitar las infracciones cuya comisión es más que previsible en virtud de los antecedentes objetivos del infractor.

En este punto, debemos explicar que el principio de mínima intervención no es absoluto e incluso reconoce que la reacción penal y el poder punitivo del Estado deben utilizarse únicamente ante la posibilidad de un daño grave a un bien jurídico, que merece protección. En el caso del pánico financiero, hemos descrito en esta tesis la importancia del orden económico social como expectativa normativa y como bien jurídico de necesaria protección, así como las nefastas consecuencias de una conducta que tiene el potencial de destruir a una o varias economías nacionales. También debemos indicar que el derecho penal no solo debe garantizar los derechos constitucionales de los acusados sino también de las potenciales víctimas de las infracciones en estudio, entre los que se cuentan los clientes del sistema financiero. La importancia de ese sistema hace especialmente necesario preservar el sentimiento de seguridad de la población en la estabilidad de los bancos y cooperativas, por el delicado equilibrio que en general sostiene a la actividad de intermediación financiera, basada sobre todo en la confianza de los clientes. Porque son los usuarios los principales perjudicados en caso de que exista una corrida de depósitos.

destinadas a los infractores con trastornos psiquiátricos o a los adolescentes. En este punto el COIP difiere de otras legislaciones como la alemana o la española, que contemplan la aplicación de medidas de seguridad destinadas a los delincuentes que demuestran un grado especial de peligrosidad.

2.3.1.- Anticipación de la tutela penal

Es necesario destacar que la anticipación de la tutela penal en el Derecho penal del enemigo se realiza sin que exista una rebaja de la pena, que para muchos tratadistas partidarios de la mínima intervención penal debería existir. En este caso la anticipación opera siempre hacia el agravamiento de la situación del infractor.

Otra característica de la anticipación penal será el hecho de que la pena no tiene el objetivo de determinar un hecho sino más bien pretende la identificación del segmento de la población que no representa una garantía cognitiva mínima de cumplimiento del Derecho. Esta persona es a la que se identifica como *enemigo*, desde el punto de vista científico y normativo, no desde el punto de vista físico espiritual. No hablamos entonces de un combatiente enemigo o algo por el estilo, sino de un individuo que ha decidido en uso de su libre albedrío, separarse de la sociedad a la que con su conducta pretende desestabilizar. Esta anticipación penal no está encaminada a servir como una especie de invasión de la esfera privada de cada individuo⁷⁸, que busca privarlo de cualquier tipo de decisión o de interferir en su libre albedrío. En este caso la anticipación penal está encaminada a enfrentar el delito desde un ánimo preventivo. Y la personalidad en derecho del infractor (su ciudadanía, en otros términos) no desaparece por completo, porque siempre existirán garantías del debido proceso y principios constitucionales para procesar al individuo/enemigo, que nunca perderá su personalidad esencial.

Las consideraciones previas sobre el alcance de la anticipación de la punibilidad en el Derecho penal del enemigo dan paso al principal problema que limita la aceptación de esta figura, que es su legitimidad. Para algunos, el derecho penal se justifica únicamente cuando existe el fundamento de la defensa de un bien jurídico protegido por la norma, como *última ratio*. Esa es la doctrina predominante.

⁷⁸ Kai Ambos, *Derecho Penal del Enemigo*. (Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2007), 23, <https://www.overdrive.com/search?q=C9CB0912-E2CA-4C5E-AE95-8009E9D55453>.

En el Funcionalismo, en cambio, el derecho penal tiene como objetivo preservar la confianza de los ciudadanos en todo el ordenamiento jurídico, lo que se juzga como una concepción abstracta que permitiría encasillar como enemigo a cualquier grupo de individuos, una vez más en criterio de la doctrina mayoritaria.

La defensa del bien jurídico es reemplazada en el normativismo por la protección de las expectativas sociales normativizadas, es decir, las aspiraciones que la sociedad organizada ha considerado como dignas de amparo a través de la legislación penal. Y el abordaje del crimen se produce de una manera proactiva, pensando en la prevención del delito. Eso implicará el abandono del principio de última ratio, ya que el aproximamiento al delito será eminentemente prospectivo, dejando de lado la mera reacción a las conductas atroces que caracteriza al derecho penal actual.

Ahora, la anticipación de la esfera penal no se realiza en todos los tipos constantes en determinada legislación. Es claro que las conductas más peligrosas para la sociedad y, específicamente para los ciudadanos, sufrirán el adelantamiento más pronunciado de la barrera de punición. Sobre todo, la medida de esa anticipación será la justa y estrictamente necesaria para prevenir aquellos actos en los que la lesión del bien jurídico protegido puede causar un enorme daño a la estabilidad social.

En el Derecho penal del enemigo moderno no existe una afectación directa al principio del hecho, por el adelantamiento de la punibilidad a estadios previos a la lesión del bien jurídico protegido, porque el análisis de la conducta del individuo autoexcluido de la sociedad partirá siempre de sus actos, de hechos externos captables por los sentidos. No será una consideración de la cultura, situación social o raza del infractor, sino más bien un análisis de su conducta que viola la norma.

2.3.2.- Punición de la tentativa delictiva

En relación a la tentativa, la posición mayoritaria de la doctrina se aplica en forma menos grave que el delito consumado.

En este punto, el Derecho penal del enemigo suele adoptar una posición totalmente diferente. Con sus técnicas de anticipación de la punibilidad orientadas a

defender la estabilidad social como máximo valor, actos atroces que no se concretan por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo de la infracción son considerados autónomamente, como una infracción digna de la misma pena que se aplicaría si el hecho se hubiera consumado.

La tentativa tiene como elemento subjetivo al dolo, lo cual es obvio si reparamos en el hecho de que el actor ejecuta sus acciones con la intención planificada previamente de causar un daño a la víctima. Este daño no se produce únicamente por la intervención de un agente o hecho externo a la voluntad del infractor. Por eso, se puede afirmar que la tentativa carece únicamente del desvalor de resultado, mientras que todo el resto del tipo penal ya se ejecutó, es decir, todos los elementos objetivos o subjetivos del tipo se han configurado en la realidad, con excepción del resultado.

En la tentativa existe la ideación, la planificación, la acción pero no el resultado material requerido para la consumación del acto típico. Frente a esto, el Derecho penal enemigo tiene una reacción diferente a la de la doctrina tradicional. Primero, la tentativa puede estructurarse como un acto autónomo de consumación anticipada, cuya pena se aplicará en función del grado de peligrosidad que demuestra el *enemigo* con sus acciones. También se puede establecer una misma pena y tratamiento para el actor, haya tentativa o consumación, exista o no el resultado material, haya o no cumplido su voluntad el autor del hecho punible.

La tentativa, redactada con la generalidad que consta en nuestro Código Orgánico Integral Penal⁷⁹, no es la tentativa autónoma de la que hablamos en párrafos anteriores. Sin embargo, constituye indudablemente una figura de adelantamiento de la esfera de protección penal, que se aplica en la mayoría de legislaciones.

⁷⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014, art. 39.

“Art. 39.- Tentativa.- Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito.

En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado.

Las contravenciones solamente son punibles cuando se consuman.”

Podría decirse que la creación de un tipo penal autónomo a partir de la tentativa establece una figura diferente a la de la tentativa general, porque el tratamiento de la punibilidad tiende al agravamiento de la responsabilidad en las técnicas del Derecho penal del enemigo, que procuran el tratamiento prospectivo de las conductas peligrosas. Mientras tanto, la doctrina mayoritaria considera que la tentativa, en todos los casos debe castigarse con una pena más leve que el hecho consumado, dado que, en los hechos, no se concretó la lesión al bien jurídico protegido que quería cometer el sujeto activo de la infracción.

La relevancia de los bienes jurídicos es también un criterio para determinar si la tentativa se castiga o no. Esta diferenciación no se aplica en otras legislaciones donde tanto la tentativa como la consumación son dos estadios de una misma conducta que se castigan en términos similares. Hay ordenamientos jurídicos que consideran que una vez que se han realizado todos los actos conducentes al cometimiento del delito, existe no una afectación a un bien jurídico sino una defraudación de las expectativas sociales elevadas como parte de la norma por los *ciudadanos*. Debemos recordar que para el normativismo, la defensa del bien jurídico es secundaria frente a la preservación de la confianza en la norma, que es el objetivo de la pena y de la anticipación de la punibilidad que se busca para ciertos actos especialmente lesivos para la sociedad.

El fenómeno de la expansión del derecho penal ha tenido como una de sus expresiones más comunes a la eliminación de las diferencias entre tentativa y consumación. Otras características del abandono progresivo del principio de mínima intervención está en la validez e independencia de los bienes jurídicos colectivos, cuya legitimidad como fundamentos de la ley penal está permanentemente en entredicho y cuestionada por la doctrina mayoritaria.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano ha proscrito el adelantamiento de la punibilidad en la mayoría de sus tipos penales, aunque la redacción del tipo pánico financiero, por su ambigüedad, aparentemente nos daría un ejemplo de equiparación entre tentativa delictiva y consumación.

Si analizamos el tipo penal del pánico financiero nos daremos cuenta de que existe en él un peligro abstracto que es la afectación de la estabilidad de una institución

financiera y un momento de consumación, que sería la afectación a la confianza y el retiro de depósitos de la institución de intermediación crediticia. Pero el tipo penal también establece que tanto la afectación de la estabilidad como el cierre de la institución financiera, pese a ser dos momentos diferentes que pueden llegar a ser una secuencia de un mismo hecho, tienen el mismo tratamiento en cuanto a la pena que recibirá el infractor. Esto porque la desestabilización de la institución financiera no necesariamente derivará en un cierre o quiebra total de la institución agredida, porque este tipo de medidas extremas pueden evitarse acudiendo a soluciones económicas emergentes por parte del Banco o la cooperativa. Se especifican en el tipo pánico financiero tres momentos de consumación que podrían representar en apariencia una anticipación de la tutela penal.

De esta forma, nos damos cuenta de que la impronta del Derecho penal del enemigo aparece tenuemente también en una legislación garantista y de última ratio como la ecuatoriana. Esta reacción proviene de la peligrosidad del delito, que es potencialmente devastador para la economía en general, dependiendo del tamaño y la importancia de la institución financiera en el mercado crediticio y de intermediación.

La tentativa de pánico financiero en nuestra legislación no es clara dado que el momento en que se da la consumación del delito no está definido con exactitud. Hay duda de si es la difusión de las noticias falsas, la corrida de depósitos o el cierre de la institución financiera. Y el castigo para las tres conductas estará dentro del mismo rango de cinco a siete años de privación de la libertad.

Para la concepción del normativismo, una vez que existen todos los elementos del desvalor de acción, es decir, cuando el sujeto activo del delito ha ejecutado todos los actos conducentes al cometimiento del delito, con la intención de dañar, es muy poco lo que aporta el establecimiento del desvalor de resultado. De ahí que el castigo para dichas conductas, sea que hayan o no concluido con el cometimiento de la infracción deberían ser penadas en igual forma.⁸⁰

2.3.3.- Consumación anticipada a través de actos preparatorios.

⁸⁰ Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*, 360.

Hemos descrito en el acápite anterior las etapas básicas en las que se realiza la imputación penal, sea que el delito haya sido consumado o cometido imperfectamente en el grado de tentativa.

Aparte de esos dos momentos, la legislación penal de Alemania y de otras naciones occidentales ha considerado en ciertos casos que los actos preparatorios para cometer un delito son en sí punibles, lo que sería un paso adelante para la aplicación de la pena en los estadios previos al cometimiento de la infracción. Esta técnica es mucho más dura y establece una protección penal más prematura por lo que está acogida dentro de la concepción del Derecho penal del enemigo.

Analizando el problema desde el punto de vista del funcionalismo y del paradigma del Derecho penal del enemigo, el adelantamiento de la punibilidad se concreta para enfrentar el grado extremo de enemistad manifestada por el individuo que con sus acciones se niega a cumplir su rol social y desafía al ordenamiento jurídico vigente, que es el conjunto de expectativas sociales normativizadas y la estructura de la organización social.

Una de esas expectativas sociales es el orden económico social, que podríamos considerar un bien jurídico colectivo, que es digno de protección solo cuando está relacionado con bienes jurídicos individuales, de acuerdo con la doctrina mayoritaria.

Para mayor resguardo de dichos bienes jurídicos, la intervención de la maquinaria estatal se adelanta a los actos previos a los que se considera actos de ejecución, que son los que constituyen la tentativa.

Con esta concepción nace la gran polémica, ya que una acción preliminar del autor para cometer un delito, en términos estrictos, no lesiona un bien jurídico y por lo tanto no debería ser castigada, para la doctrina tradicional. Lo que se necesita para que el individuo sea castigado es básicamente: que sus acciones deriven en la consumación del ilícito, esto es, que dañen el bien jurídico protegido; que sus acciones hayan puesto en peligro -concreto o abstracto- un bien jurídico establecido por el Estado como digno de protección; y, que los bienes jurídicos afectados, si son colectivos, afecten bienes jurídicos individuales. Esta es la descripción de las conductas objeto de imputación penal que aceptan, en mayor o menor grado, todas las legislaciones del mundo.

Lo que no es común es que se sancionen los actos preparatorios, cometidos previamente a los actos de ejecución del delito. El paradigma del Derecho penal del enemigo está preparado para aplicar ese tipo de técnicas para prevenir los daños que conductas de extrema gravedad pueden ocasionar. Esto es también objeto de una ardua polémica, en la que los defensores de la doctrina tradicional, apegados irreductiblemente a la teoría de los bienes jurídicos individuales ven la puerta para el establecimiento de un Estado de represión y terror.

En el paradigma del Derecho penal del enemigo, aquellos actos preparatorios que son antecedentes de un delito posterior, forman parte de una tipificación de combate autónoma que el legislador emprende como parte de una política criminal de expansión del Derecho penal.

Es decir, se crean tipos penales independientes para castigar conductas que por sí solas no constituirían más que actos previos a la comisión de un delito específico y se castigan acciones anteriores a los actos de ejecución que caracterizan a la tentativa. El ejemplo por excelencia de este tipo de figuras es la asociación ilícita, que está considerada en el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal⁸¹ como una tipificación independiente, en la que un grupo de individuos se juntan para cometer actos ilícitos posteriores a su agrupación. Este tipo es el ejemplo más claro de adelantamiento de la punibilidad y está considerada también como una de esas figuras que comprometen el Estado de Derecho y las garantías de los autores y cómplices de un injusto. Además, como es lógico, la asociación ilícita se encuentra dentro del paradigma del Derecho penal del enemigo.

Tomando en consideración estos antecedentes, los actos preparatorios del pánico financiero eventualmente podrían llegar a ser una asociación ilícita, si un grupo de personas se juntan con el objetivo de afectar significativamente a una empresa financiera, banco o cooperativa y acabar así con la tranquilidad y confianza del

⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014, art. 370. Art. 370.- Asociación Ilícita.- Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

sistema crediticio, a través de información falsa. Sin embargo, el pánico financiero no está configurado como un delito en el que se castiguen actos preparatorios.

Los tres momentos que pudimos identificar en el tipo del pánico financiero—que serían la difusión de las falsedades, la corrida de depósitos y la desestabilización o quiebra de la institución financiera—ocurren en un lapso de tiempo relativamente largo. Sin embargo, no están detallados en el tipo los actos previos a la publicación de la información falsa, que sería la acción que desencadenaría los resultados de esta conducta —en este caso, el objetivo del autor que es la corrida de depósitos que conlleva la desestabilización o cierre del banco, como efectos del injusto—. Por tanto, no está contemplado un adelantamiento de la punición a ese estadio previo. Solo existiría una aparente anticipación de tutela en la configuración de la tentativa de pánico financiero que en nuestra opinión corre desde la propalación de los datos falsos hasta la corrida de depósitos y la consiguiente desestabilización de la institución financiera, que podríamos catalogar como el intento de quebrar al Banco o cooperativa agredido, que sería el fin último del autor. Esto dada la indefinición del momento de la consumación en el tipo penal ecuatoriano de pánico financiero.

2.4.- El derecho penal del ciudadano y el pánico financiero

Si nos atenemos a la definición que el funcionalismo realiza respecto del Derecho penal del enemigo, deberemos hacer un recuento de las características contrarias a efectos de determinar qué es el derecho penal del ciudadano.

En un principio, vimos ya que el adelantamiento “exagerado” de la punibilidad de las conductas es la primera característica del Derecho penal del enemigo. Este agravamiento de la situación del actor a extremos en los que se “desconoce su personalidad” no consta en el tipo penal del pánico financiero.

En otros países, el tipo penal del pánico financiero tiene una definición más clara e incluso responsabiliza con mayor gravedad a los autores que tengan conocimientos en el área financiera, lo que parecería una medida acertada, teniendo en cuenta que un profesional de las finanzas tiene pleno conocimiento de las

consecuencias de una corrida de depósitos y el riesgo sistémico existente para el resto de las instituciones del sistema financiero y el popular y solidario.

Otra de las características que se atribuye al Derecho penal del enemigo es la tantas veces nombrada despersonalización del delincuente, al que se lo excluye –en teoría- de las garantías y derechos de los ciudadanos. En este punto, es obvio que el Código Orgánico Integral Penal no tiene una orientación especialmente represiva. Todo lo contrario, el COIP está repleto de garantías y derechos para los infractores. Y quien comete el delito de pánico financiero será un seguro beneficiario de ese statu quo. Por lo que la llamada despersonalización se encuentra muy lejos de nuestra realidad jurídica. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico tiene una orientación casi total al derecho penal del ciudadano, con algunos retazos de su contrario, lo que ratifica la concepción de Jakobs respecto a que “es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros”.⁸² No se va a encontrar un ordenamiento jurídico totalmente orientado por el paradigma del Derecho penal del enemigo, pero su presencia está prácticamente asegurada en la forma de ciertas instituciones jurídicas que cumplen el objetivo de neutralizar los peligros contra la identidad social de las naciones.

2.4.1.- Conceptualización del derecho penal del ciudadano

En resumen, el Derecho penal del ciudadano es el ordenamiento jurídico penal establecido para castigar los delitos que no constituyen una amenaza contra la estabilidad social. Es el derecho que se aplica a los individuos que no delinquen habitualmente, que no representan un peligro contra la confiabilidad de la norma jurídica que sostiene la organización social. Este es el grupo de personas que mantienen su personalidad en derecho incólume, por lo que pueden ejercer sus derechos y obligaciones de la forma más amplia posible. Es decir, son quienes no forman parte del grupo de los enemigos de la sociedad. Los ciudadanos, aunque sus

⁸² Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 22.

actos sean atroces, no constituyen una amenaza vital que para la prevalencia de la norma jurídica en el Estado.

2.4.2.- Aplicación del enfoque del derecho penal del ciudadano en el Ecuador.

En este caso, vistos los antecedentes que nos proporcionan el tratamiento de la prisión preventiva y medidas sustitutivas, así como las garantías y derechos que benefician a los autores de un injusto, la aplicación del Derecho penal del ciudadano prevalece en Ecuador e influye sobre todo en el ámbito procesal penal.

Además deberemos coincidir en que las normas que conforman el área penal no tienen la característica de buscar la prevención del delito, con algunas excepciones como la tipificación específica de la asociación ilícita, así como la posibilidad abierta por el COIP de castigar aquellas conductas que pongan en peligro un bien jurídico colectivo, que deja al menos en parte atrás la concepción de la doctrina tradicional sobre la necesidad de lesión material de un bien individual como fundamento de la tipificación y la legitimidad del derecho penal.

Sin embargo, no vemos figuras definidamente pertenecientes al paradigma del Derecho penal del enemigo, como la punición de la tentativa en la que se pena prácticamente el inicio de la ejecución del delito, y no la producción de un resultado material; o la penalización independiente de la tentativa, como si fuera un tipo penal diferente al de los actos que constituyen su consumación. Por ello podemos afirmar que la legislación ecuatoriana se mantiene como un conjunto de normas tradicionales, que no acude a la seguridad como fundamento para el combate, ni anticipa exageradamente la punición a los estadios previos, para prevenir cualquier peligro de violación de un bien jurídico o expectativa social normativizada, pero que tiene ciertos trazos de la legislación prospectiva y de riesgo, que hemos detallado en líneas anteriores.

2.4.3.- El derecho penal del ciudadano y el estado constitucional de derechos y justicia.

El Código Orgánico Integral Penal debe ser el complemento necesario para que las garantías y derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, tengan plena aplicabilidad en los procesos que se ventilan en la Función Judicial. Esto pese a que la Constitución tiene directa e inmediata aplicación en Ecuador en cualquier materia, lo que muchas veces ha sido objeto de todo tipo de críticas relacionadas con la concepción positivista que sigue primando en un buen porcentaje de los doctrinarios de nuestro país.

El Estado constitucional de derechos y justicia equivale a la construcción de un andamiaje de protección de los derechos existentes o de los que se puedan crear en lo posterior. Por eso, estamos frente a un Derecho que reconoce la calidad de ciudadanos a todos los habitantes de la República del Ecuador, que son beneficiarios del debido proceso, las garantías constitucionales, sin distingo ni excepción de ninguna especie.

En estas condiciones, un derecho penal que se encuentra orientado a la protección de sistema social y que considera que los focos de peligro que ponen en riesgo a esa organización social deben identificarse y darles el tratamiento que corresponde, no podría desarrollarse y entraría enseguida en un conflicto con la Constitución del Ecuador.

Sin embargo, nos preguntamos qué pasaría si fuese el Estado constitucional de Derechos y Justicia la organización social que el Derecho penal del enemigo pretenda defender, como bien podría suceder en caso de que violadores de los derechos fundamentales lleguen a constituir un peligro inminente para la estabilidad del sistema social que responde a los principios de la Constitución. ¿No existe acaso la posibilidad de que los enemigos de los principios y garantías del Estado constitucional de Derechos y Justicia, atenten contra nuestra organización social específica?

Es necesario tomar en cuenta esa alternativa, una vez que el Derecho penal del enemigo es una figura neutra, es decir, se puede emplear para proteger a cualquier tipo de sociedad, incluidas aquellas que respetan el Estado de Derecho o el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, o aquellas que no lo hacen.

Esa neutralidad representa también un riesgo innegable de abuso por parte del poder político, que relativizaría la legitimidad del derecho penal como una

herramienta para la protección de todo el ordenamiento jurídico. Esa legitimidad, para los funcionalistas, no viene dada por el amparo a los bienes jurídicos, sino por la naturaleza de la política criminal. Hay que tener presente eso porque, sea el objeto de protección el bien jurídico o las expectativas sociales normativizadas en la ley, siempre pueden existir regímenes que establezcan condiciones y objetivos de resguardo no necesariamente en sintonía con el resto de la sociedad, sino como oscuros medios para favorecer sus intereses.

La conclusión sobre la incidencia del derecho penal del ciudadano en el Ecuador sería que en nuestro país, al igual que en la mayoría de países del mundo democrático existe una convivencia entre la figura del Derecho penal del ciudadano y la del enemigo –en un grado mínimo-. Y la existencia paralela de ambos paradigmas, no ha cesado, incluso aquí en este Estado constitucional de derechos y justicia, que pena la asociación ilícita o que sanciona los delitos de peligro abstracto.

Varios tratadistas consideran que la protección de la organización social justifica usar las técnicas de adelantamiento de la punibilidad. Y, además, que pueden coexistir normas del ciudadano y el enemigo en un sistema como el nuestro, lo que anteriormente vimos es posible.

Las del enemigo siempre serán las normas excepcionales, utilizadas como el último recurso para defender, con especial fuerza, la estabilidad de la sociedad, la protección de los bienes jurídicos individuales y colectivos y, en específico, el orden económico social que, a duras penas, el Estado ecuatoriano ha mantenido a lo largo de su historia republicana.

2.4.4.- El pánico financiero y la real afectación de un bien jurídico como fundamento del enfoque del derecho penal del ciudadano en su tipificación.

El problema del bien jurídico como fundamento de la legitimidad del derecho penal se ha estudiado de diferentes formas por varios años, generalmente resaltando o negando su importancia como límite a las acciones y política de punibilidad del Estado.

En la conceptualización del bien jurídico difieren principalmente los que lo consideran indispensable para que exista respeto a los derechos humanos, en su función legitimadora de las actuaciones del poder público. Además están los tratadistas que proclaman que la concepción misma de bien jurídico establece un límite a la libertad que tiene el legislador penal para establecer delitos, hecho que en la práctica implica una afectación a la facultad de los legisladores para adecuar el ordenamiento jurídico penal a la evaluación de la sociedad, como mandatarios democráticamente elegidos del soberano.

En cuanto a las críticas al concepto de bien jurídico, se destaca Wilfried Bottke, quien hace una interesante comparación entre los preceptos de la Constitución y los bienes jurídicos, dejando en claro que el Derecho constitucional no está sujeto o limitado por condiciones extrajurídicas como podrían ser el acatamiento de preceptos morales que se consideren, a priori bienes dignos de protección legislativa.

Según este tratadista, la Constitución es la que limita el poder del legislador para definir las normas penales de una sociedad, no ningún bien jurídico, por más importante que sea. Es destacable también que el legislador está dotado de la legitimidad democrática para, en caso necesario, cambiar los bienes jurídicos y sus normas jurídicas derivadas, y así lograr que el Derecho penal se adapte a los distintos momentos de la vida social y evolucione cuando sea necesario.⁸³

El incremento en la represión de los delitos graves en las democracias occidentales que han acogido el paradigma del Derecho penal del enemigo, no ha significado abandonar la protección del bien jurídico como uno de sus elementos centrales y legitimantes del Derecho.

Los titulares de esos bienes jurídicos son los ciudadanos de cada país, es decir, los individuos que no han renunciado a su personalidad cabal. Y el derecho que tiene el ciudadano a desarrollar en libertad su vida debe ser objeto de protección, frente al accionar de una minoría que no reconoce la Ley ni cumple con sus obligaciones sociales.

⁸³ Wilfried Bottke, *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*, ed. Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig, 1a ed (Las Rozas: La Ley, 2010), 103.

El Derecho penal del ciudadano prevalece en la legislación ecuatoriana. Es el signo característico de nuestro ordenamiento jurídico. Eso hace del pánico financiero una figura cuyo cometimiento no se juzgará acudiendo a medidas especialmente asegurativas o figuras de adelantamiento “exagerado” de la punibilidad. Sin embargo, la inclusión de un bien jurídico colectivo, como el orden económico social como objeto de protección, lo hace una figura mixta, que mantiene ciertas semejanzas con algunos tipos penales del enemigo, porque representa en sí mismo un adelantamiento de la punibilidad, frente a lo que podría ser el rechazo de los delitos que protegen un bien jurídico colectivo por parte de la doctrina tradicional.

Tenemos una figura que pena el peligro abstracto de afectación del orden económico y que no considera víctima y sujeto pasivo del delito a la institución financiera, sino al Estado. Por ello, es la defensa de un sistema económico determinado, que depende del crédito como unos de sus puntales. Entonces también pretende la conservación de la estabilidad de nuestro sistema de vida, en los términos del funcionalismo, por lo que tiene la legitimidad suficiente para estar en nuestro COIP.

2.4.4.1.- La pena de acuerdo al principio del hecho.

De acuerdo a la Constitución, es imposible tipificar un delito como infracción si no se expide una Ley para el efecto. Y todo el sistema penal del Ecuador está orientado a minimizar la utilización de la pena, y relegarla como una excepción que debe evitarse por todos los medios institucionales al alcance. Algunos tratadistas, incluso consideran que la pena no tiene ninguna utilidad social y es solo el reflejo de una sociedad excluyente y discriminadora que persigue con saña a los pobres y no aporta ninguna protección válida a la comunidad.

Es claro que esa concepción de la pena no es coherente con la prevención general positiva que propugna el funcionalismo. La función de la pena, de acuerdo al normativismo, es la de cimentar la fidelidad del ciudadano hacia el sistema social y las normas que lo integran y precautelan la paz social. Por eso su actuar se denomina ‘positivo’, es decir, busca activamente mantener la estabilidad social, otorgando a los

individuos un patrón de conducta ciudadana que ellos deben ejercer para seguir siendo personas en Derecho. Por eso, para impedir que se consume un peligro para la sociedad, se utiliza el Derecho penal del enemigo como herramienta de combate que busca neutralizar el riesgo grave.

Pese a ello, la sustentación del sistema social no parece ser un elemento legitimante del Derecho penal en todos los supuestos, o al menos no en el caso de la protección de un sistema que se caracterice por prácticas autoritarias. Consecuentemente, para enfrentar el problema de la legitimación de la pena, debemos ratificar que el Derecho penal del enemigo es neutro en cuanto a la política y los valores que defiende, por lo que la legitimidad de la pena será la legitimidad del sistema social, las expectativas comunitarias y valores específicos de un Estado.

A parte de la prevención general, la pena en el funcionalismo ejerce también la prevención especial, a través de las medidas asegurativas establecidas por ciertas legislaciones para evitar que un delincuente habitual pueda seguir cometiendo delitos graves. Huelga mencionar que el concepto “medidas asegurativas” tiene en Ecuador otra connotación muy diferente a la de la mayoría de las democracias occidentales, y que tiene ver en nuestro país básicamente con figuras destinadas a la atención de los delitos cometidos por los inimputables.

En cambio, las soluciones del funcionalismo entienden al delincuente habitual como un peligro social que debe ser contrarrestado, respetando siempre su personalidad esencial. De ahí que existan las medidas de peligrosidad criminal, que son básicamente neutralizantes y tienen como objeto no solo la intimidación o la retribución sino también evitar los actos punibles y ser un elemento orientador de las conductas socialmente aceptables.

El accionar del funcionalismo no se ha replicado en Ecuador. En este momento tenemos un derecho penal que extiende la condición funcionalista de ciudadano a todos los habitantes de la República, incluidos quienes han cometido actos antijurídicos potencialmente desestabilizadores, entre los que hay muchos individuos que han ejercido la criminalidad económica.

La pena castiga hechos cometidos por el actor, no suposiciones de peligrosidad criminal, condiciones abstractas o pertenecientes al fuero interno de las personas. Y

esta característica es aplicable tanto al Derecho penal del ciudadano como en el del enemigo, que pese a tener una tendencia a la restricción de ciertos derechos fundamentales justificada en la agresión a la estabilidad de la norma, no pena a los individuos por lo que son, como creen algunos.

2.4.4.2.- Determinación de la culpabilidad del sujeto.

La realización del juicio de reprochabilidad de la conducta, que forma parte de la determinación de la culpabilidad del actor, consiste en la comprobación de que el infractor es consciente y está en conocimiento o puede llegar a conocer lo antijurídico de sus acciones. Quienes no cumplan con estos requisitos no pueden ser declarados culpables.

En el caso del Funcionalismo, la determinación de la culpabilidad no está relacionada con la violación de los bienes jurídicos sino con el ataque a la vigencia y confiabilidad de la norma. Este cambio ocasiona, para la doctrina tradicional, el abandono del principio de lesión material de bien jurídico y el principio de culpabilidad. Algunos van más allá y afirman que se deja totalmente de lado la culpabilidad que es reemplazada por la “peligrosidad”, o que la culpabilidad pasa a ser un concepto meramente normativo que puede adaptarse arbitrariamente al vaivén de los designios represores de cualquier juez⁸⁴.

Lo cierto es que la legislación europea occidental, que es la que mayormente aplica el Funcionalismo, no ha desechado la culpabilidad como medida de la pena, ni tampoco ha establecido un marco propicio para la aplicación del derecho penal del autor, -con el que tanto se compara al Derecho penal del enemigo-. Esto porque toda nación democrática tiene un control constitucional de la Ley previamente establecido, que impide la proliferación de figuras que constituyan abusos o supresión de garantías constitucionales. En este marco, conviven en Europa el Derecho penal del enemigo y del ciudadano, al cumplir ambas el objetivo de estabilización del ordenamiento jurídico de cada país.

⁸⁴ Zaffaroni, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, 93–98.

En el caso del pánico financiero existe un aparente adelantamiento de la punibilidad en iguales términos que la consumación al estadio de la tentativa y además el tipo penal carece de elementos subjetivos que limiten la punibilidad a quienes “a sabiendas” difundan las noticias falsas. Esta característica ha llevado a varios autores a considerar que el momento de consumación del delito de pánico financiero no está en la desestabilización o cierre de la entidad financiera, sino en la difusión de las noticias falsas.

Hay que convenir que en el caso del delito culposo financiero, los únicos sujetos que estarían violando el deber objetivo de cuidado son los funcionarios públicos, que por su pertenencia a las instituciones de control, estarían especialmente obligados a medir las consecuencias, la certeza y la fiabilidad de sus declaraciones públicas, para así evitar daños al sistema financiero.

En resumen, para aclarar conceptos debemos concluir que el pánico financiero es en sí mismo una figura de adelantamiento de la punibilidad, porque como la mayoría de los delitos económicos defiende un bien jurídico colectivo que, pretéritamente y ateniéndonos a la teoría del delito tradicional, no tendría que protegerse si no tiene una relación con algún interés privado. Esto demuestra que la sociedad actual tiene conciencia del riesgo –hablando desde la concepción de Niklas Luhmann y también de Jakobs- y toma medidas necesarias pero limitadas para neutralizarlo. Sin embargo, el tipo penal pánico financiero, por su deficiente redacción, no establece un momento de consumación exacto, lo que impide que se apliquen con más rigor el resto de características del enfoque de combate a la delincuencia del Derecho penal del enemigo, que solo se concretaría incluyendo al momento de la difusión de las noticias falsas como el tiempo de la consumación. De lo contrario, no se cumple con establecer el pánico financiero como un delito de peligro, lo que serviría para prevenir el daño al sistema financiero que surge de esta conducta o al menos tener un enfoque prospectivo para evitar las consecuencias del delito.

Con el cambio de enfoque la pena tendría una función simbólica y sería una forma de comunicación con el autor del hecho, que se orientaría a ratificar que su conducta ilícita no prevalecerá sobre la norma jurídica que dota de estructura a la

organización social. Además, la enemistad –es decir, la categoría excepcional del delincuente- deberá ser objeto de comprobación en un proceso que tenga todas las garantías correspondientes a la personalidad esencial del acusado.

En resumen, el pánico financiero como figura orientada específicamente a la defensa de un bien jurídico colectivo, es un tipo penal excepcional, cuya existencia es cuestionada por la doctrina mayoritaria, enfocada en la protección de bienes jurídicos individuales que, para aquella, sería la única fuente de legitimidad del Derecho Penal. Ante ello podríamos afirmar que el pánico financiero, la mayoría de las figuras penadas por el derecho penal económico y las técnicas de anticipación del derecho penal del enemigo comparten un lugar en el espectro de figuras que pese a ser rechazadas por la doctrina son utilizadas en la práctica, por su importancia para enfrentar conductas que han superado las previsiones normales del legislador, en varios países del mundo. Es más productivo reconocer que existe ese régimen excepcional en el derecho penal y delimitarlo, que negar la realidad y desconocer la legitimidad de medidas acordes con la gravedad de las conductas peligrosas para el sistema social.

Capítulo Tercero: El Pánico financiero en el Ecuador

3.1.- Antecedentes históricos

El pánico financiero como figura independiente y claramente definida no formó parte del Código Orgánico Integral Penal hasta 2014. El Proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal enviado a la Asamblea Nacional por la Presidencia de la República, mediante Oficio No. T.6136-SNJ-11-1297 de 13 de octubre de 2011, ni siquiera tenía un apartado general que contenga como bien jurídico protegido al sistema financiero.

Contaba eso sí con un acápite inexactamente titulado “Infracciones Económicas”, en el que se configuraba a la figura de pánico económico con una tipificación muy extendida, que si se hubiera mantenido de la forma como estaba redactada hasta la aprobación del Proyecto como Ley de la República, habría cumplido a cabalidad con las características de una figura perteneciente al Derecho penal del enemigo.⁸⁵

Con el Proyecto de Código original del Ejecutivo, el pánico económico y el financiero hubieran sido una sola figura. Además, con él se habría penado toda noticia fraudulenta que hubiera causado “daño” a una institución financiera o a la “economía nacional”.

Huelga indicar que no había ningún criterio en ese tipo penal que permitiera definir la magnitud del daño en un banco o cooperativa que ameritaría una pena de hasta nueve años de privación de libertad, a diferencia de la actual tipificación en la que existen tres criterios: la corrida de depósitos, la desestabilización de la institución

⁸⁵ Ecuador, Asamblea Nacional del Ecuador, Proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal, 2011, publicado en:

<file:///C:/Users/POINT/AppData/Local/Temp/Proyecto%2520de%2520Ley%2520del%2520C%25F3digo%2520Org%25EInico%2520Integral%2520Penal%2520Tr.%252082584.pdf>

Artículo 262.- Pánico económico.- Quien, dentro o fuera del país, publique, difunda o divulgue noticias falsas que causen daño a la economía nacional o al sistema financiero público o privado, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a nueve años y multa de cien a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

de intermediación financiera o su cierre definitivo que son los momentos de consumación y tentativa del pánico financiero.

Además, no existía en el Proyecto original del Ejecutivo, ninguna definición objetiva del daño a la “economía nacional” que sería el fundamento de la punibilidad de la conducta. Simplemente se penaba el peligro abstracto de que la noticia falsa causara un perjuicio, mayor o menor, amplio o reducido a la economía ecuatoriana, concepto en el que estaría incluido, no solo el sistema financiero, sino el orden económico social en general, que incluye todas las formas de intervención del estado en la economía nacional y el accionar entero de las empresas públicas o privadas que actúan en nuestro país, incluyendo el mercado bursátil, societario, seguridad social y comercio interior y exterior.

Es claro que el pánico económico del proyecto original, redactado en las condiciones descritas, hubiera significado una expansión desmedida de la punibilidad y una especie de traje a la medida de cualquier conducta que tuviera como elemento la difusión de noticias falsas, que esté relacionado con algún bien jurídico supraindividual de naturaleza económica.

En el Código Penal ecuatoriano anterior⁸⁶, las figuras que por la doctrina y la práctica internacional estaban consideradas como pánico económico, se encuentran reseñadas en el Capítulo V, titulado “Delitos relativos al comercio, industrias y subastas”⁸⁷. El común denominador de las tipificaciones en dichas normas es que castigan más la conducta conocida como manipulación de información, que en el caso de las legislaciones europeas es ahora conocida como manipulación de mercado. En esas conductas, el actor utiliza información falsa para hacer subir o bajar artificialmente los precios de ciertos productos en cualquier mercado, para su conveniencia personal.

Las conductas de manipulación de mercados tienen como elemento constitutivo un engaño del actor, pero también sancionan el uso de información privilegiada, apoderamiento de datos confidenciales y otras acciones que forman parte principal del Derecho penal de la competencia. Esta disciplina está en auge en Europa

⁸⁶ Ecuador, *Código Penal*, Codificación 0, Registro Oficial Suplemento 147, 22 de enero de 1971, arts. 361-7

⁸⁷ Araujo G., *Derecho penal económico*, 202-3.

y tiene como fin precautelar la competencia leal y el libre intercambio de bienes y servicios, en cualquier tipo de actividad económica emprendida en la Unión Europea, a través de sanciones penales.

Estos comportamientos atentatorios contra el Derecho de la competencia, en especial la manipulación y uso de falsedades en descrédito de algún competidor⁸⁸, tienen en Ecuador controles y sanciones administrativas, incluidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado⁸⁹. Esto no obsta para que de existir algún comportamiento que constituya delito entre dichas acciones, también se sancione la inconducta en el ámbito judicial.

En cuanto al uso del engaño como medio para cometer un delito en contra de la buena marcha del mercado, existió en el ordenamiento jurídico español una figura conocida como *maquinaciones*, desarrollada en el siglo XIX, que era un designio doloso ejecutado para perjudicar a los competidores en determinada actividad económica y consistía en el uso fraudulento de información inexacta o falsa para afectar a determinado sector de la economía, con el objetivo de alterar el normal desenvolvimiento de la oferta y la demanda y así incidir en el precio de algún producto, en especial los de primera necesidad. El tipo también incluía a los valores negociados en el mercado bursátil dentro de su ámbito de protección, cuando esta actividad estuvo más desarrollada. Esta tipificación tenía como bien jurídico protegido el correcto desenvolvimiento de los mercados, y estaba integrado por el engaño y las noticias falsas como elementos constitutivos del tipo penal, por lo que podría considerarse como un antecedente de lo que en épocas posteriores conocemos como pánico económico. Eso sí con ciertas diferencias que se deben valorar, como por ejemplo el hecho de que la maquinación tenía siempre como objetivo un beneficio económico para el autor del hecho, mientras que en el pánico económico y en el

⁸⁸ Respecto del tema del uso de falsedades en descrédito de competidor, la Ley precitada en su artículo 27 califica este comportamiento como un acto de denigración, que es la vez un acto desleal contra la competencia a través de falsedades contra un competidor. La norma exacta contenida en la letra a del número 4 del mencionado artículo 27 define la conducta como el acto de “[r]ealizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado”.

⁸⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado*, Ley 0 Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011, art. 27.

pánico financiero, bien se puede obviar como elemento del tipo que el infractor haya o no conseguido ventajas económicas por la difusión de las noticias falsas respecto del mercado/institución financiera o de intermediación.

Como podemos apreciar, las características y el número de conductas que se ejecutan en el pánico económico, se encuentran en el ordenamiento jurídico penal del Ecuador, desde hace mucho tiempo. Puede decirse que son contemporáneas de la figura española de la maquinación, en la forma de las infracciones contra la industria, el comercio y las subastas públicas del Código Penal de 1871⁹⁰. Sin embargo, una norma especial que castigue a quienes emplean noticias falsas para afectar al sistema financiero no existió en nuestro país hasta el año 2014.

3.2.- Proyecto de Código Orgánico Integral Penal y Pánico Financiero.- Alcance e implicaciones jurídicas.

La regulación del ius puniendi en el Ecuador, en los tiempos previos a 2014, era dispersa, incoherente, con influencias doctrinarias disímiles que complicaban la aplicación de la Ley y, sobre todo, contradecía varios principios y garantías establecidos en la Constitución de 2008. Esa es la lista de principales justificaciones que los promotores del Código Orgánico Integral Penal manejaron durante el tratamiento del proyecto en la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, que se prolongó por casi tres años.⁹¹

El principal objetivo que tenía el COIP era limitar el poder punitivo del Estado, al que la doctrina mayoritaria considera no una herramienta para el mantenimiento del sistema social y protección del orden constituido, sino como un sistema de segregación en perjuicio de los más débiles, que debe ser domeñado como si fuese un mal necesario para la preservación de la seguridad y la paz social.

⁹⁰ Araujo G., *Derecho penal económico*, 203.

⁹¹ El Proyecto de Ley Código Orgánico Integral Penal fue ingresado en la Asamblea Nacional el 13 de octubre de 2011, como una propuesta de iniciativa del Ejecutivo. El 14 de octubre de 2011, la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado solicitó al Consejo de Administración Legislativa (CAL) que califique el proyecto de Ley como prioritario y urgente. El Código Orgánico Integral Penal fue publicado en el Registro Oficial como Ley de la República, el 10 de febrero de 2014. Fue el producto legislativo de la fusión de varios proyectos de reforma al Código Penal, pero tuvo como base de organización a la propuesta del Presidente de la República.

El COIP, siguiendo esa línea, consagra el principio de mínima intervención penal como el fundamento de toda su regulación sustantiva y procesal. Esto significó un cambio importante en materia penal, ya que con esta norma se consiguió constitucionalizar el poder punitivo del Estado, introduciendo varias garantías, principios y derechos que se convirtieron en un límite para el juzgamiento de conductas como las que hemos estudiado durante esta tesis.

La prevalencia de la Constitución del Ecuador frente a la Ley ha dado una importancia especial al papel del juzgador, quien ahora debe asegurarse de que sus sentencias no contradigan los principios de la norma suprema, los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional o los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es un salto cualitativo para la defensa de los derechos humanos y las garantías procesales, según sus autores⁹², que intentaron plasmar en ese cuerpo normativo la total sujeción de la Ley penal y todas las otras normas jurídicas de las distintas materias a la Constitución.

Con respecto al objetivo de constitucionalizar la Ley que buscaba la Asamblea Nacional, el COIP reproduce las normas que precautelan los derechos fundamentales del ser humano en un proceso penal, e incluye los principios y garantías necesarios para preservar esos derechos. La Constitución de 2008 está muy presente en la Ley penal, sobre todo en lo que tiene que ver con el derecho al debido proceso, junto con todos sus componentes. Para eso ayuda mucho que los derechos constitucionales sean de directa e inmediata aplicación a cualquier proceso administrativo o judicial.

⁹² Para los asambleístas redactores del COIP en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional del Ecuador, los objetivos que persiguió ese cuerpo colegiado durante la elaboración de la Ley eran:

- “1. Constitucionalizar el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, sometiendo sus disposiciones a una prueba de estricta constitucionalidad.
2. Mejorar la arquitectura del proyecto y su sistematización, pues una buena estructura era la condición necesaria de un adecuado desarrollo normativo.
3. Realizar en lo posible el mandato de proporcionalidad en la relación entre la gravedad de la infracción y la pena. Este trabajo todavía no ha sido finalizado pues requiere de un debate más amplio y de la participación de especialistas en dosimetría penal que desarrollen un catálogo de penas con criterios objetivos y de relevancia político-criminal.
4. Eliminar disposiciones anacrónicas, repetidas y contradictorias.
5. Mejorar la redacción y estilo de los diversos artículos.”

Informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, enviado al Pleno de la Asamblea Nacional por parte de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, mediante Oficio No. 950-CEPJEE-P de 14 de junio de 2012, 26.

Lo que falta por definir claramente es el orden económico social. Y tampoco la Constitución incluye una definición exacta de ese bien jurídico que representa el fundamento de la punibilidad de los delitos económicos. Se han ensayado explicaciones que detallan sus características principales como son la regulación y control estatal de la economía o el mercado y su funcionamiento justo y libre de cortapisas a la competencia. Sin embargo lo más cercano que tenemos a una definición de este importante valor, lo encontramos en el artículo 283 de la Constitución que define el sistema económico que rige al Ecuador⁹³.

Desde la perspectiva del funcionalismo, el orden económico es una expectativa social que los legisladores han considerado digna de protección penal. Y la medida de esa protección será la misma medida de la afectación o riesgo que pueda atacar el normal desarrollo de esa expectativa. Además, se consideraría un objetivo de protección solo si está normativizada, por lo que insistimos en que la legitimidad de la norma penal para el funcionalismo es un asunto de política criminal, que elige las expectativas sociales que pueden afectar o no a la estabilidad del sistema.

Como dijimos anteriormente, la tipificación original del pánico financiero/económico en el proyecto del Ejecutivo tenía como verbos rectores “divulgar, publicar o difundir” noticias falsas, que “hagan daño a la economía nacional” o al “sistema financiero”. La amplitud del concepto de daño es desmedida en este tipo penal redactado por el Ejecutivo. No se precisa si el perjuicio debe ser de naturaleza grave, leve o levísima para que se active el Derecho penal con el fin de precautelar el bien jurídico protegido por el pánico económico. Tampoco se dice de qué naturaleza debe ser ese menoscabo, en relación al sector de la economía que debería considerarse perjudicado, o a qué actividad específica debería afectar la

⁹³ Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, art. 283.

divulgación de falsedades para que deba intervenir el Derecho penal con el poder punitivo del Estado.

Es innegable que uno de los asuntos más difíciles a determinar en cuanto a la conducta del pánico financiero, será la comprobación de la falsedad de la noticia o información divulgada en contra de la institución financiera.

La falsedad de la información publicada es un elemento normativo indispensable para que se configure el pánico financiero, por lo que se necesita un criterio objetivo que permita afirmar al juzgador que las acusaciones hechas por el actor contra el banco o cooperativa no guardan coherencia con la realidad de los hechos.

En cuanto a los juicios de calumnias, en los que se realiza el ejercicio privado de la acción penal, existe claridad respecto a la carga de la prueba sobre la veracidad de los hechos, que corresponde al autor de las afirmaciones supuestamente calumniosas. Es decir, quien divulga la información se verá libre de toda acusación si prueba que sus afirmaciones con respecto al querellante son verdaderas.

Sin embargo, en el caso del pánico financiero, que comparte con la figura de la calumnia el elemento de las imputaciones falsas, no se ha determinado en el tipo penal quién tiene la carga de la prueba, y no se ha establecido una definición exacta de en qué consiste la falsedad en cuanto a la situación económica de la institución financiera.

Dado que en el pánico financiero tratamos con una materia especializada, consideramos que la Fiscalía deberá investigar la veracidad de la información acudiendo a la Superintendencia de Bancos, que en el ejercicio de sus competencias podrá informar sobre la real situación de la institución financiera atacada. Además, en el pánico financiero, la carga de la prueba debería permanecer en el Estado, que tendrá que comprobar la inexactitud o falsedad de la información difundida por el sujeto activo de la infracción, en base a inspecciones y revisión de la situación económica del banco o cooperativa.

Esta indefinición se supera, parcialmente, en el nuevo tipo que formuló la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, que en su informe para primer debate cambió varios elementos

del concepto original, sin separar aún las conductas constitutivas del pánico económico y el pánico financiero, que a esas alturas -en 2012-, seguían siendo una sola figura⁹⁴ en el proyecto del COIP. En la nueva redacción de este texto, el Legislativo introduce un elemento que funciona como criterio de graduación del daño que ocasiona el pánico y establece una consecuencia específica del tipo penal, que era la alteración de precios de bienes y servicios para beneficiar a un sector, producto o mercado determinados.

Vale indicar que semejante descripción de los resultados de la conducta típica tiene más que ver con la figura específica del pánico económico, es decir con la maquinación fraudulenta de los mercados a través de noticias falsas para obtener un rédito económico. No existe todavía individualizada, la conducta constitutiva del pánico financiero. Sin embargo podemos afirmar que existe una mayor claridad en la descripción del resultado de la infracción, que pasó de ser un etéreo “daño” a una perturbación de los mercados beneficiosa para el sujeto activo de la infracción.

El Informe de segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal afirma que el principal énfasis en la construcción de la norma se dio en el bloque de constitucionalidad, es decir en los principios rectores que caracterizan a la impartición de una justicia eficiente y humana, que ejerza la jurisdicción respetando los derechos fundamentales, y orientada siempre hacia “los derechos de los procesados y de las víctimas”⁹⁵—en ese orden-.

En el informe para segundo debate, la Asamblea Nacional incluyó ya al pánico financiero como una figura separada⁹⁶, con la redacción actual y vigente, en la que

⁹⁴ Artículo 295.- Pánico económico.- La persona que, dentro o fuera del país, publique, difunda o divulgue noticias falsas que causen daño a la economía nacional o al sistema financiero público o privado para alterar los precios de bienes o servicios con el fin de beneficiar a un sector, mercado o producto específico, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a nueve años y multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

Informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, enviado al Pleno de la Asamblea Nacional por parte de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, mediante Oficio No. 950-CEPJEE-P de 14 de junio de 2012, 166.

⁹⁵ Informe para segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, enviado al Pleno de la Asamblea Nacional por parte de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, mediante Oficio No 248-CEPJEE-P de 4 de octubre de 2013, 20.

⁹⁶ Artículo 321.- Pánico financiero. La persona que divulgue noticias falsas que causen alarma en la población provoquen el retiro masivo de los depósitos de cualquier institución del sistema

tenemos como verbo rector únicamente al término “divulgar”, aplicable a las noticias falsas que causen alarma en la población, las mismas que tienen que “causar alarma en la población”, esto último como un requisito indispensable del tipo, para que se configure el delito. Con esta norma, deberemos entender que la publicación de noticias falsas que no causen una alteración importante en el ánimo y la confianza de ahorristas e inversores, no podría ser penada como pánico financiero. De ahí que es importante conocer cuál es el momento de la consumación del pánico financiero, para determinar si existe la posibilidad de penar una tentativa.

Dada la redacción ambigua del tipo penal en el COIP, debemos considerar cuatro momentos que el juzgador debe analizar para declarar consumado el delito de pánico financiero en Ecuador: en primer término, en el momento de la divulgación de las noticias falsas –que es el tiempo acogido más frecuentemente como el de la consumación en otras legislaciones y doctrinas extranjeras, referentes a la misma clase de delito-⁹⁷; segundo, en el momento en el que se produce la alarma en la población, que afecta la confianza en la institución financiera o de la economía social y solidaria, asunto de muy difícil acreditación, a menos que consideremos que alguna institución pública pueda determinar, sin ninguna duda razonable que la sociedad en su conjunto ha caído presa de la “alarma colectiva”; tercero, que es el tiempo en el cual se produce la desestabilización económica de la institución financiera, situación que debería ser comprobada por el órgano de control; y, cuarta, en el instante en el que la institución quiebra y tiene que cesar sus actividades frente al público.

Podemos constatar una notoria indefinición y un exceso de elementos normativos en el tipo penal “pánico financiero”, redactado por la Asamblea Nacional del Ecuador. Esa falta de claridad afecta la aplicación de la norma, en varios aspectos, el principal de los cuales sería saber si la pena del pánico financiero puede aplicarse también en grado de tentativa de cometimiento del delito. Porque no está claro como determinar el momento en el que existe un principio de ejecución del acto penal en

financiero y las de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera, que pongan en peligro la estabilidad o provoquen el cierre definitivo de la institución, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

⁹⁷ Hernando A. Hernández Quintero, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 3. ed (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005), 218–19.

el COIP o si la mera difusión de las noticias falsas, que no tenga consecuencias en cuanto a la estabilidad de las instituciones de intermediación financiera objeto del ataque, es ya punible.

Gracias a esa indefinición, está en entredicho incluso la naturaleza jurídica y clasificación a la que pertenece el pánico financiero en Ecuador. Ejemplo de esta contradicción lo encontramos en las diferentes características que debe tener un delito de peligro, frente a uno de resultado.

Se supone que un delito de peligro como el pánico financiero se norma con el objetivo de prevenir que se lesione un bien jurídico específico, por lo que instaura un adelantamiento de la punibilidad al momento en el que se pone en riesgo determinada expectativa o valor dignos de protección penal. Sin embargo, en la definición de pánico financiero del COIP, el legislador añadió a la acción consumada -la divulgación de la información falsa- tres consecuencias que aparentemente deberían cumplirse también, alternativamente, para que se configure el delito. La primera es el retiro masivo de depósitos, que ocurre en el momento en que, merced a las noticias falsas, los cuentahorristas consideran que sus recursos no están seguros en la institución financiera a la cual cedieron su administración y empiezan en gran número a pedir la devolución de su dinero. La segunda es el riesgo de estabilidad en perjuicio de la institución, que se produciría en caso de que exista una seria pérdida de la confianza en la situación financiera del banco o cooperativa, que sin embargo de su gravedad, no produzca aún la quiebra de la institución. La tercera consecuencia sería que el banco o cooperativa, como producto de las noticias falsas, termine cerrando sus actividades y, muy seguramente, sea intervenido por el órgano de control.

Como consecuencia de esta redacción defectuosa, el legislador ha oscurecido la norma que tipifica el pánico financiero, al añadir esas tres consecuencias de la divulgación de información falsa (corrida de depósitos, desestabilización y cierre de la entidad bancaria), lo que deriva en un serio riesgo de anular la efectividad del tipo y quitarle su potencial efecto disuasivo. De esta forma, no se cumple el objetivo que el pánico financiero debió tener, esto es, penar la divulgación de las noticias falsas antes de que ocurra el resultado dañoso, lo que solo se habría logrado teniendo a la divulgación en sí misma como el momento en el que se consuma el delito. Esto

eliminaría la posibilidad de que exista una tentativa penada del pánico financiero, por cuanto el delito sería de consumación inmediata al cumplirse la acción contenida en el verbo rector.

Otra imprevisión que terminó por anular el potencial preventivo de la figura de pánico financiero, es el no haber agravado la pena en caso de que el sujeto activo del delito sea una persona conocedora o involucrada en el sistema financiero y el negocio de la intermediación financiera en general. Esto sería proporcional y justo en razón de que una persona versada en esa actividad económica tiene plena conciencia de que una corrida de depósitos posee el potencial de afectar con las noticias falsas no solo al banco o cooperativa agredido, sino también a todo el sistema financiero, cuando la institución desestabilizada tiene una importancia sistémica en la economía nacional.

Contra la consecución de estos objetivos de política criminal que implican la disuasión de los posibles actores del delito, conspira el hecho de que tengamos una tipificación del pánico financiero que confunde consumación –para nosotros integrada simplemente por el tiempo en que se difundan las noticias falsas- y momentos posteriores a ella, como la desestabilización de la institución, la corrida de depósitos o cierre de la entidad financiera. Si queremos aprovechar el potencial prospectivo de la figura, debemos configurar el delito como de peligro; de esa forma se podrá evitar mayores daños a la economía nacional. En el momento en el que los probables autores del pánico perciban que sus acciones serán inmediatamente castigadas, sin esperar a que surtan el efecto pernicioso para la sociedad que persiguen, se mantendrá incólume el orden económico social, una de cuyos componentes más importantes es el de la regulación del ámbito financiero.

Merced a que cualquier persona, con conocimiento o sin experticia financiera, puede cometer el delito de pánico, debemos coincidir en que la infracción en estudio es un delito común, o lo que es lo mismo, puede atribuirse a cualquier individuo, independientemente de cualquier calificación especial que ostente. Esto no obsta para que la conducta de quienes tienen conocimientos especializados en finanzas y banca sea juzgada con mayor dureza, en razón del elemento agravante de que tienen plena conciencia de las graves implicaciones de su delito. Esto lo veremos más adelante.

3.3.- Conductas relevantes en el estudio del pánico financiero en Ecuador:

En el contexto ecuatoriano, aparte de algunos comunicados expedidos recurrentemente por la Superintendencia de Bancos, que advierten a la ciudadanía sobre la tipificación del pánico financiero y las consecuencias que se derivan de la difusión de rumores sin fundamento sobre la estabilidad y solvencia de los bancos y cooperativas, no ha habido mayor exposición pública de la figura en Ecuador.

Comúnmente las instituciones financieras y de control reaccionan cuando en redes sociales existe una información, por lo general anónima, que cuestiona la solvencia del sistema financiero o sus prácticas, pero no ha existido un caso paradigmático de aplicación de esta figura en el Ecuador. Por lo tanto, no existe un gran juicio penal que involucre a una institución quebrada por el cometimiento del delito de pánico financiero; y no ha habido una crisis sistémica en Ecuador provocada por el cometimiento de esa infracción. Sin embargo, no faltan en la historia ecuatoriana de finales del siglo XX e inicios del XXI, casos que ilustran hasta qué punto es importante que exista una tipificación de pánico financiero, para prevenir que esas consecuencias extremas se produzcan en la vida económica de nuestro país.

Nos corresponde revisar los antecedentes de la conducta de quienes concentraban el capital financiero nacional en la etapa de finales del siglo XX, para confirmar con hechos históricos la necesidad de que el derecho penal económico sea adecuadamente reforzado para cumplir con la defensa del orden económico social, cuya vigencia en Ecuador ha estado en entredicho durante varias épocas.

3.3.1.- Caso TC Televisión – Banco Pichincha

Antes del año 2000, el capital financiero y las operaciones activas y pasivas del sistema bancario del Ecuador estaban concentradas básicamente en cinco instituciones financieras, que competían entre sí para ganar la preferencia del cliente,

que depositaba sus recursos en los bancos y cooperativas que ofrecían los mejores intereses, para acrecer el valor de sus inversiones.⁹⁸

Es interesante resaltar que la mayoría de analistas que comentan la crisis bancaria del 2000, más conocida como Feriado Bancario –que fue una medida implementada para enfrentar la crisis, mas no el inicio del desplome-, la atribuyen a una supuesta desregulación de los negocios financieros, acaecida con ocasión de la vigencia de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero desde 1994.

El aserto de general aceptación entre quienes analizaron este periodo es el de que los grupos financieros de Ecuador, a los que se califica comúnmente entre los científicos sociales como grupos de dominación oligárquica,⁹⁹ tuvieron una reorganización radical derivada de las consecuencias del descalabro de los activos, el desastre macroeconómico y el desplome de la confianza en el sistema financiero ecuatoriano, ocurrido durante los primeros años del siglo veintiuno.

Esta “reorganización de poder” tuvo como principal consecuencia la quiebra de amplios sectores del sistema financiero. Entre los grupos financieros caídos en quiebra tenemos al Grupo Continental, La Previsora, Banco del Pacífico, Banco del Progreso y Filanbanco, este último propiedad de los hermanos Roberto y William Isaías Dassum.

El descalabro afectó a todo el sistema financiero, que tuvo que acudir a los créditos de liquidez del Banco Central del Ecuador para tratar de superar la falta de recursos y responder por sus obligaciones frente a los depositantes.

Las causas del descalabro económico que vivió en ese tiempo el Ecuador fueron múltiples. Hubo un fenómeno de El Niño extraordinariamente fuerte en la Costa, que arrasó tierras y cultivos, lo que complicó el pago de las deudas de los empresarios agrícolas, arruinados por la pérdida de liquidez ocasionada por la naturaleza. Además se produjo una rebaja radical del precio del petróleo, que era y sigue siendo la actividad que más divisas provee al Estado ecuatoriano. Esto llevó a

⁹⁸ Gabriela Alexandra Rosero Delgado, “Oligarquías en el Ecuador desde el auge neoliberal hasta su ulterior recomposición en la crisis económica del 2000” (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2013), 14, <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/898/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Rosero+Delgado%2C+Gabriela+Alexandra>.

⁹⁹ Ibid., 15.

Ecuador al borde de una hiperinflación que solo pudo ser frenada abandonando la moneda propia.

Lo ocurrido en 1999 y 2000, cumple con las condiciones para ser calificado como una corrida de depósitos –un auténtico pánico financiero, en su significado económico-, motivada por la caída del Banco más grande del Ecuador en ese momento, que era el del Progreso, dirigido por Fernando Aspiazu Seminario, ex ministro y autoridad pública.

Los clientes acudieron inmediatamente a las instituciones financieras todavía abiertas para retirar sus depósitos e inversiones y comprar con sucres el mayor número de dólares circulantes, empujando la cotización de la divisa a valores nunca alcanzados hasta entonces. La hiperinflación era una posibilidad cada vez más cierta, pero el proceso de derrumbamiento de la economía se detuvo con una medida radical que permitió recobrar aunque sea un poco de la confianza de los agentes económicos en la gestión del Gobierno ecuatoriano: la dolarización.

Es durante este periodo turbulento que la tipificación del pánico financiero hubiera tenido especial importancia, ya que las rencillas entre los grupos económicos que luchaban por sobrevivir se desarrollaban sobre todo en el campo de la comunicación.

Los principales grupos económicos en disputa eran el Grupo Egas (dedicado sobre todo a la banca, las tarjetas de crédito y empresas de servicio) y el Grupo Isaías (concentrado en compañía agrícolas, textiles e inversiones en el sistema financiero)¹⁰⁰. Pese a sus intereses disímiles, ambos grupos económicos compartían características importantes: las cabezas de cada conglomerado empresarial eran Bancos y ambos grupos tenían al menos un medio de comunicación a sus servicios.

Sin embargo de que, como producto del salvataje bancario, los dos grupos recibieron una gran cantidad de dinero público en préstamos de liquidez, junto con las ventajas de la negociación de los certificados de depósitos reprogramados para el pago de deudas con el Estado, la suerte de los Isaías y los Egas fue muy diferente.

El negocio estrella del Grupo Isaías que era Filanbanco, fue considerado inviable y pasó a manos de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), que fue la

¹⁰⁰ Ibid., 102.

institución pública creada con el fin de reestructurar los pasivos bancarios y liquidar las instituciones financieras. El Banco del Pichincha, en cambio, se consolidó como el banco más grande de Ecuador, con activos que, a junio de 2020, llegan a más de 11.569 millones de dólares y un patrimonio de 1239 millones de dólares¹⁰¹.

En estas condiciones, después del salvataje bancario, la anterior rivalidad entre ambas élites empezó a desarrollarse en la arena de la opinión pública. Esto ocurrió en las pantallas de TC Televisión y Gamavisión -parte del Grupo Isaías, hasta que pasaron a propiedad del Estado-, y Teleamazonas –que hasta la fecha pertenece al Grupo Pichincha-, que fueron el campo de batalla de uno de los episodios más irresponsables y ejemplos emblemáticos de las consecuencias económicas y jurídicas de la no tipificación del pánico financiero en Ecuador, hasta ese entonces.

Filanbanco registraba, en cuanto a pérdidas, 242039 millones de sucres al 25 de noviembre de 1998 y, hasta el 3 de diciembre de 1998, su deuda con el Estado era de 2,7 billones de sucres, el equivalente a unos 440 millones de dólares.¹⁰² En esas condiciones funcionó un tiempo más, pese a su grave situación financiera, hasta que la Agencia de Garantía de Depósitos asumió su administración. Mientras tanto, el Banco del Pichincha tuvo un crecimiento sostenido a partir del año 2000, en parte gracias a que después de ese año asumió la cartera de los bancos quebrados, lo que le permitió captar una cuota de mercado mayoritaria en Ecuador¹⁰³. Como se puede apreciar, ambos grupos económicos tuvieron una suerte muy diferente, después de la crisis bancaria de inicios de siglo. Mientras el uno perdió su Banco, el otro se expandió hasta tener la institución financiera privada con más activos y patrimonio del Ecuador.

La rivalidad entre ambos grupos económicos era un secreto a voces, que terminó por explotar cuatro años después, cuando los medios de comunicación pertenecientes a los señores Egas e Isaías se enfrascaron en una guerra de

¹⁰¹ Banco Pichincha, “Balance General del Banco Pichincha”, Institucional, *Indicadores y Resoluciones*, (s. f.), <https://www.pichincha.com/portal/Portals/0/pdf/BALANCE-GENERAL.pdf?ver=2020-07-23-095830-850>.

¹⁰² Gabriela Alexandra Rosero Delgado, “Oligarquías en el Ecuador desde el auge neoliberal hasta su ulterior recomposición en la crisis económica del 2000”, 78.

¹⁰³ Néstor Herrera Román, “La crisis financiera de 1998-99 y el relevo de los grupos financieros en el Ecuador” (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2012), 79, <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/5276/2/TFLACSO-2012NEHR.pdf>.

declaraciones, en defensa de sus respectivos dueños, que demostró la nula capacidad de solución de las controversias y la prevalencia de los intereses de los poderes fácticos, por encima de la seguridad y paz social del resto de ciudadanos del Ecuador.

Era el mes de septiembre de 2004, cuando el canal perteneciente al Grupo Egas, Teleamazonas anunció una investigación relacionada con el caso Filanbanco, el monto de fondos públicos aportados para el salvataje de esta institución financiera por concepto de préstamos de liquidez que, supuestamente, se desviaron para otro propósito, y el estilo de vida opulento que llevaban los hermanos Roberto y William Isaías en Miami, pese a todas las acusaciones que pesaban en su contra.

Y calificar a este episodio como una guerra no era una exageración. En el inicio de la contienda, Teleamazonas anunció que en su serie dedicada al salvataje bancario, titulada “Prófugos de la Banca” iba a emitir un capítulo sobre Filanbanco y los hermanos Isaías. Inmediatamente después, según declaración de los directivos del Grupo Pichincha, Roberto Isaías Dassum los contactó para amenazarlos con destruir al Banco del Pichincha, si ese reportaje de investigación salía a la luz. Y el reportaje, pese a todo, fue transmitido por Teleamazonas.

Lo que ocurrió después es una demostración fáctica de que al año 2004, el Estado no tenía los medios institucionales para preservar el orden económico social y, también, de que las controversias de ciertos grupos económicos se arreglaban mediante actos de fuerza, que buscaban doblegar al rival de todas las formas posibles, algo totalmente contrario a lo que se esperaría de una sociedad moderna, civilizada y democrática, sujeta a un ordenamiento jurídico.

En el mismo mes, los canales de televisión TC y Gamavisión dedicaron más de 20 minutos diarios en sus noticieros a la emisión de reportajes que denunciaban irregularidades -nunca comprobadas- del Grupo Egas. La lista de acusaciones, que no fueron judicializadas o nunca tuvieron una sentencia firme, incluía: evasión tributaria, piramidación de capitales, lavado de activos, problemas de liquidez, envío subrepticio de los recursos de los depositantes al extranjero, estafas a los clientes cometidas por DINERS y Consorcio del Pichincha, entre otros. Además, ambos medios de comunicación dieron tribuna libre a los ciudadanos Abdalá Bucaram Ortiz y Patricio Dávila, ex presidente y legislador de la República respectivamente, para

que afirmaran que el Banco Pichincha estaba “quebrado” y que solo se sostenía por el dinero que el Estado depositaba en él.¹⁰⁴

Teleamazonas cuestionó las motivaciones de Patricio Dávila, así como la procedencia de su patrimonio, asunto que también se transmitió con énfasis en sus programas de noticias.

Desde el punto de vista jurídico, dado que las acusaciones realizadas por TC Televisión y GamaTV en contra del Grupo Egas nunca se comprobaron judicialmente, eran en esencia falsas, por lo que la conducta cometida por los promotores del escándalo contra el Banco Pichincha puede calificarse como constitutiva del delito de pánico financiero, -en ese tiempo, no tipificado-. En el caso específico que hemos reseñado, no ocurrió lo que en otros países, en los que un movimiento de ciudadanos o un tuit anónimo fueron los medios de difusión de las noticias falsas, sino que fueron varios medios de comunicación ecuatorianos, legalmente establecidos, los que sirvieron como instrumento para ese empeño, a la vista de la justicia –que no tenía cómo reaccionar- y de las autoridades de control del sector financiero, en especial, la en ese entonces llamada Superintendencia de Bancos y Seguros, cuyo titular, Alejandro Maldonado solo pudo emitir una declaración defendiendo la solvencia del Banco agredido, frente al retiro masivo de depósitos.¹⁰⁵

Ante la ausencia de canales institucionales para solucionar las diferencias entre los grupos Isaías y Egas, tuvo que intervenir la Conferencia Episcopal ecuatoriana como instancia mediadora entre ambos conglomerados empresariales, que llegaron a alguna especie de pacto de no agresión, que significó el fin de la campaña de

¹⁰⁴ Agencia de Noticias EFE, “Conflicto entre banqueros se desata en pelea televisiva”, *Diario El Universo*, 21 de septiembre de 2004, <https://www.eluniverso.com/2004/09/21/0001/9/0B2C25437C2D49E9AFC1E5E54716FADF.html>.

¹⁰⁵ Redacción del diario El Comercio de Quito, “Kenney pidió sacar a los hermanos Isaías de EE.UU.”, 15 de mayo de 2011, sec. Mundo, en <https://www.elcomercio.com/actualidad/mundo/kenney-pidio-sacar-hermanos-isaias.html>

Cuando salieron a la luz los cables diplomáticos de la Embajada de EE.UU., gracias a la filtración de Wikileaks, destacaba respecto de Ecuador el cable No. 31862, enviado por la embajadora estadounidense Kristie Kenney a su gobierno, en el que se realizó una reseña del episodio de 2004, que afectó a Banco Pichincha. Destaco la siguiente afirmación textual de dicho documento: “Contactos nos informaron que se produjo una peligrosa corrida bancaria (en el 2004), amenazando a la solvencia del sistema financiero. Solo después de que líderes de la Iglesia ecuatoriana consiguieron una tregua los depositantes comenzaron a reinvertir sus ahorros en el Banco Pichincha, hasta el momento la institución financiera más sólida del Ecuador”.

desprestigio y –tenemos que decirlo- de pánico financiero en contra del Banco Pichincha.

Otro ejemplo paradigmático de la utilización de datos no comprobados judicialmente que pueden desestabilizar a una institución financiera, lo tenemos en el caso del autor Luis Torres Rodríguez, cuyo libro *Fidel Egas Grijalva, Historia de un Banquero*, -de fácil acceso merced a las varias páginas de internet que tienen la obra lista para la descarga-, realiza una serie de acusaciones muy graves en contra del mayor accionista del Banco del Pichincha, institución a la que acusa de “lavar narcodólares” y de, supuestamente, haber recibido irregularmente como depósito la Reserva Monetaria del Estado ecuatoriano, como una especie de salvataje camuflado, durante una disputa por los pagos de la deuda externa entre el Estado ecuatoriano y el banco extranjero CityBank, durante 1991. Este famoso episodio ha sido utilizado recurrentemente por varios actores políticos, para desprestigiar al gobierno del Dr. Rodrigo Borja Cevallos y al Banco Pichincha.

El señor Torres Rodríguez incluso hizo un recuento, en el capítulo 14, de la serie de acciones judiciales –por injurias y daño moral- que los personeros del Banco del Pichincha iniciaron –y en algunos casos ganaron- en su contra. Estamos ante una demostración más de la ligereza en el manejo de la información financiera que existía durante el lapso previo a la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

Como podemos apreciar, el Estado ecuatoriano, en el momento en que se produjeron dichos casos -2004, 2012 y 2013-, carecía de un cimiento jurídico que le permitiera evitar la difusión de noticias falsas sobre las instituciones del sistema financiero. El potencial desestabilizador de esa carencia normativa era inaceptable. Creemos que en parte, por estos episodios, el legislador juzgó conveniente incluir el pánico financiero en la legislación ecuatoriana. Pero, lamentablemente utilizó un tipo penal que no establece claramente el tiempo de la consumación del delito, por lo que todavía hay motivos de preocupación para quienes confiamos en que el Estado sea capaz de defender las legítimas expectativas sociales de paz y seguridad en todos los ámbitos de la actividad humana, entre ellos el económico.

3.3.2.- La Superintendencia de Bancos y los límites de la supervisión bancaria

El sistema financiero en Ecuador, después de la crisis bancaria de principios del siglo XXI, se vio en la necesidad de implementar varios mecanismos que le permitieran mantener la confianza de sus clientes y promover su estabilidad, sobre todo en situaciones de riesgo o abierta crisis de falta de recursos líquidos. Después de un proceso de análisis de las alternativas, se decidió expedir la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera¹⁰⁶ que establece un marco institucional encaminado a salvaguardar la intermediación financiera y el papel de los bancos en el sistema de pagos.

En esta Ley se implementan medidas de disciplina y prudencia en el negocio financiero y mecanismos de apoyo a los Bancos que están en crisis de liquidez, para evitar su cierre y que se produzca una corrida de depósitos generalizada que afecte al sistema financiero en su conjunto. La Red busca evitar el efecto contagio y preservar la estabilidad del sistema, a través de procedimientos de control y supervisión firmes y eficaces. En este tema, entra la Superintendencia de Bancos y además nuevas figuras –a ese tiempo, porque hablamos de 2008-, como la Corporación Seguro de Depósitos y el Fondo de Liquidez.

En el caso de la creación de la Corporación Seguro de Depósitos, estamos ante una medida que beneficia a la inmensa mayoría de depositantes del sistema financiero, quienes podrán recuperar sus acreencias hasta un monto no menor de treinta y dos mil dólares americanos, cuando se produzca una liquidación forzosa de la institución financiera en la que tienen sus depósitos. Esta medida es limitada porque de lo contrario constituiría un incentivo perverso para realizar operaciones de alto riesgo y abandonar las normas de prudencia financiera.

El seguro de depósitos actúa con autonomía administrativa y financiera. Además, está integrado por las contribuciones de las instituciones del sistema financiero privado, que son gestionadas a través de fiducias mercantiles. Sus recursos

¹⁰⁶ Ecuador, Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, Ley 0 publicada en el Registro Oficial Suplemento 498 de 31 de diciembre de 2008.

son públicos y, como tales, sujetos a las regulaciones que al respecto emitan los organismos de control estatales.

A diferencia de lo que sucede con el seguro de depósitos, el fondo de liquidez tiene recursos que son considerados privados e inembargables, y actúa como prestamista de última instancia de las instituciones financieras que vean comprometida su liquidez, no su solvencia. Esto último quiere decir que las instituciones financieras que atraviesan por problemas circunstanciales de liquidez deben ser viables – es decir, no deben sufrir de insuficiencia de capital, además de cumplir con los requisitos de patrimonio técnico y otros, señalados por la Ley- para calificar como sujeto de crédito temporal de los préstamos del Fondo de Liquidez.

Por su parte, la Superintendencia de Bancos evolucionó hacia un control basado en los riesgos que pueden enfrentar las entidades controladas. Además, está dotada de amplias facultades de control que le permiten autorizar y, en ciertos casos, ordenar a las instituciones controladas que realicen aumentos de capital y otros actos jurídicos para mantener su estabilidad. La supervisión eficaz y oportuna de los Bancos va acompañada de la promoción de la transparencia de la información, con balances publicados e intercambio continuo de datos entre supervisores y supervisados, lo que permite establecer medidas preventivas de largo alcance en los sistemas financieros.

Entre las medidas internas que puede ejercer una institución financiera para paliar el riesgo de una corrida de depósitos, está el ser prudente en sus inversiones, a efectos de tener una liquidez suficiente, en cualquier tiempo, para responder por los depósitos de sus clientes. De ahí la necesidad de que la administración pública ejerza un férreo y pormenorizado control sobre las operaciones bancarias, que impida la reproducción de los vicios del pasado.

Por eso, el Estado, mediante regulaciones relacionadas con las reservas y otros indicadores financieros obligatorios para cada entidad bancaria, trata de que el riesgo de una corrida de depósitos desestabilizadora sea cada vez más improbable. Estas medidas de prudencia, relacionadas con la liquidez y el patrimonio, son dictadas por la Superintendencia de Bancos y la Junta de Regulación Monetaria y Financiera.

Refiriéndonos específicamente al pánico financiero, la respuesta administrativa del Estado consiste en tratar de prevenir un escenario de contagio

sistémico frente a un retiro masivo de depósitos, lo que afectaría los intereses de los usuarios, aparte de a las instituciones involucradas.

El control ejercido por el Estado, entonces, está dirigido hacia la institución financiera, con un régimen sancionatorio administrativo que contempla multas por el incumplimiento de las normas que se encuentran destinadas a las instituciones, empresas, autoridades y empleados del sistema de crédito.

Estamos ante dos niveles de actuación estatal, la de la administración y la de la justicia, siendo la utilización de la norma penal la medida más extrema para precautelar la estabilidad del orden socio-económico, con la que el Estado ejerce la función de defensa del ordenamiento jurídico aplicable al sistema monetario y financiero. Por un lado existen medidas que previenen los efectos del pánico financiero, a cargo de la Superintendencia de Bancos, o buscan mitigar sus consecuencias como la Red de Seguridad Financiera de Ecuador; y también tenemos a la norma penal para sancionar a los responsables de la utilización fraudulenta de información incierta.

3.4 Aplicabilidad de los enfoques del derecho penal del ciudadano y del enemigo para la tipificación del pánico financiero en Ecuador.

Del análisis de la norma actualmente vigente que pena el delito de pánico financiero, surge la duda de si la actual tipificación de la conducta es idónea para cumplir con el objetivo de evitar una afectación mayúscula para la economía del Ecuador.

El fin de la tipificación del pánico financiero es proteger el sistema económico social y solidario implantado en el país con la Constitución de 2008. Este sistema tiene como uno de sus principales objetivos el de la estabilidad de la economía, que solo funciona si se mantiene una captación y colocación de recursos en la producción y el comercio que favorezca el desarrollo económico de todos los habitantes del Ecuador. Esta finalidad estaría gravemente afectada si se permitiera que la estabilidad de las instituciones financieras estuviera en permanente peligro, lo que puede ocasionar una

crisis económica generalizada, al interrumpir el normal desenvolvimiento del sistema monetario y de pagos.

Sin embargo, la actual tipificación, como se encuentra redactada, no es la apropiada para prevenir acciones desestabilizadoras en contra del sistema financiero. El artículo 322 del COIP se anula a sí mismo al incluir demasiadas condicionantes para la consumación del pánico financiero, en especial el cierre de la entidad bancaria, que es justamente el hecho que se pretende evitar en otras legislaciones, al incluir la figura del pánico en la ley penal. Estamos entonces ante una insuficiencia motivada por el exceso normativo del legislador ecuatoriano que no entiende que el pánico financiero es un tipo de peligro, y por lo tanto, tiene que redactarse siguiendo una configuración que adelante la punibilidad y la aplique en el momento en el que ocurre el riesgo de afectación a la estabilidad del Banco o cooperativa.

La privación de la libertad de los agentes del delito de pánico financiero es necesaria y no existe actualmente en la legislación ecuatoriana un medio efectivo para sustituirla. Las medidas administrativas que ejercen la Superintendencia y la Junta de Regulación Monetaria y Financiera están más orientadas a reforzar a la institución financiera frente a las contingencias que pueda sufrir como consecuencia de una corrida de depósitos, mas no para disuadir a los individuos de la difusión de informaciones falsas que ataquen y disminuyan la confianza ciudadana en los Bancos y cooperativas. Este objetivo solo se puede conseguir implementando medidas de fuerza normativa, que cumplan con las necesidades punitivas de la sociedad, que tiene derecho a la seguridad y la paz social.

La proporcionalidad de la medida penal que hemos estudiado a lo largo de esta tesis se daría al establecer un equilibrio entre la libertad de expresión de los ciudadanos y la estabilidad del sistema económico nacional. Considero que la tipificación del pánico financiero no coarta la libertad de emitir juicios y críticas contra el sistema financiero, sino que pena la falsedad y el dolo en la difusión de noticias engañosas sobre los Bancos, ejecutada con la intención de afectar la confianza del público en ellos.

La diferencia entre una crítica fundamentada a la Banca y la difusión de noticias falsas sobre ella puede ser dificultosa y llena de aristas. Toda la divergencia

entre una y otra tiene que ver con la determinación de la falsedad de cualquier dato publicado, lo que tiene un componente de subjetividad peligroso que puede convertirse en arbitrariedad a la hora de calificar judicialmente la conducta cometida. Sin embargo, confiamos en que con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y común se defina la frontera o el alcance de ambas figuras jurídicas, con una ponderación definitiva entre derechos fundamentales, que preserve tanto el derecho a la libre expresión como la punibilidad del uso de información falsa, que puede causar una debacle en el sistema económico.

Ese equilibrio podría obtenerse a través del reconocimiento de un fenómeno jurídico innegable: prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos del mundo existen regímenes comunes y regímenes excepcionales normativos de aplicación simultánea, estos últimos utilizados para tratar a individuos que, por la gravedad de sus delitos, se autoexcluyen de la sociedad – como en el derecho penal del enemigo. El límite entre el régimen común y el excepcional debe definirlo el legislador, en base a criterios de política criminal. En Ecuador, como en todo el mundo, pueden convivir el derecho penal del ciudadano y del enemigo, lo común y lo excepcional, siempre y cuando cumplan con sus objetivos y preserven los derechos inherentes a la personalidad fundamental de todos los seres humanos.

Conclusiones y Recomendaciones

Después de esta investigación, en lo relacionado principalmente con las limitaciones de la actual tipificación del pánico financiero, debemos concluir que:

1.- La figura del pánico financiero introducida en el Código Orgánico Integral Penal en 2014 era necesaria, en virtud de los antecedentes fácticos ocurridos en Ecuador en los inicios del siglo XXI, tiempo en el cual ciertos grupos económicos incurrieron en esta conducta –nos referimos a la difusión de noticias falsas o engañosas-, en acciones de retaliación contra sus competidores en el negocio de la intermediación financiera. El ejemplo paradigmático de esta actuación es el caso de Tc Televisión y el conjunto de medios de los hermanos Isaías Dassum, en contra del Banco del Pichincha, en 2004.

2.- El pánico financiero en el Ecuador es una respuesta institucional, frente a una conducta repetida de difusión irresponsable de información engañosa, que tiene un potencial desestabilizador contra el sistema financiero y la economía en general.

3.- La tipificación del delito de pánico financiero pertenece al derecho penal económico. Por lo tanto, comparte ciertas características con los delitos que pertenecen a esa disciplina. Entre ellas, el pánico financiero es un delito pluriofensivo, que defiende principalmente un bien jurídico colectivo, como es el orden económico social, sin perjuicio de las acciones civiles que tienen los perjudicados individuales – bancos y cooperativas de ahorro y crédito- para buscar el resarcimiento de los daños causados por la conducta descrita.

4.- El tipo penal de pánico financiero, establecido en el artículo 322 del COIP, está redactado de forma confusa e indefinida, lo que incide en su eficacia para concretar los fines de la pena en nuestro país. Esta afirmación se confirma al analizar las tres circunstancias incluidas en el tipo, que pueden confundirse con el momento de la consumación: corrida de depósitos, desestabilización de la institución financiera o cierre definitivo del Banco afectado. La inclusión de estos tres elementos en el tipo anula la característica principal del delito en la doctrina internacional, esto es que el pánico financiero es **un delito de peligro**, tipificado justamente para prevenir el daño gravísimo para la sociedad que implica el cierre de una institución financiera. Esto se

consigue anticipando la punibilidad de la conducta dolosa o culposa al momento en el que se difunden las noticias falsas.

5.- El paradigma del derecho penal del enemigo es un fenómeno universalizado en varias legislaciones, incluidas las de los países occidentales. Su principal herramienta es la anticipación de la pena a estadios previos al cometimiento de la infracción. Y, pese al rechazo de la doctrina predominante en el Derecho penal, la tendencia al agravamiento de la situación del sujeto activo del delito y el enfoque de la neutralización anticipada del peligro que significa la criminalidad atroz para la sociedad, están presentes incluso en el Ecuador, un estado constitucional de derechos y justicia con una legislación predominantemente garantista, en figuras como la tipificación de la asociación ilícita.

6.- El derecho penal del ciudadano y del enemigo pueden convivir en un mismo ordenamiento jurídico, el primero como la norma general y el segundo como la excepción. Ninguno de los dos implica que los derechos y garantías fundamentales de los individuos que cometan delitos atroces serán conculcados, en virtud del reconocimiento que realiza el funcionalismo a la personalidad esencial del individuo, que no podrá afectarse en ningún supuesto.

7.- El derecho penal del enemigo tiene una naturaleza neutra, esto quiere decir que se aplica para la defensa de cualquier sistema social que se vea comprometido por un tipo de delito especialmente desestabilizador, que afecte la confianza de los ciudadanos en la aplicación de la norma jurídica. Su función no es legitimar el derecho penal, porque eso corresponde a la política criminal que establezca el Estado.

8.- Pese a que el funcionalismo considera que el objeto de defensa del derecho penal es la norma jurídica en sí misma y su confiabilidad, la defensa del bien jurídico protegido es viable mediante las técnicas pertenecientes a esa doctrina, que incluyen el derecho penal del enemigo.

9.- El paradigma del derecho penal del enemigo puede aplicarse en Ecuador siempre y cuando exista respeto a la personalidad esencial del individuo que es sujeto activo del delito. Esto quiere decir que el agravamiento de la situación del agente tendrá límites, establecidos en función de las acciones que haya cometido y la fuerza necesaria para neutralizar el peligro que su conducta significa para la sociedad. En

este caso, deberá considerarse la habitualidad, la contumacia, la anticipación de la punibilidad como un medio para evitar un daño mayor al bien jurídico protegido o norma jurídica que contiene expectativas sociales de gran importancia, entre otros criterios de definición de una política criminal. Todo esto deberá tener el respectivo control constitucional, que asegure la prevalencia de los valores, principios y derechos humanos de los involucrados.

10.- El derecho penal económico y las técnicas del derecho penal del enemigo no son incompatibles. Es más, pueden llegar a complementarse y cumplir sus finalidades eficazmente. Para ello, debemos considerar que la defensa de bienes jurídicos colectivos es una justificación ya aceptada en la mayoría de países del mundo, que tiene necesidades de penalidad que cada día se incrementan, en una sociedad cuyos adelantos tecnológicos y economía globalizada han creado un escenario lleno de nuevas amenazas y conductas criminales hasta ahora desconocidas.

11.- Las posiciones extremadamente rígidas respecto de los fundamentos de derecho penal deberían reconsiderarse y tener en cuenta que la defensa del sistema social puede valerse de las técnicas del funcionalismo para lograr sus objetivos. No se puede mantener una posición de rechazo absoluto a ese tipo de soluciones, máxime cuando de alguna forma ya las hemos acogido –piénsese por un rato en el adelantamiento a la punibilidad que significa la tipificación de la asociación ilícita-. La prueba es que las pocas figuras del enemigo que existen en Ecuador se mantienen vigentes, pese al garantismo que caracteriza a las leyes ecuatorianas y el férreo control constitucional de la Corte de la materia.

12.- La tipificación del pánico financiero debería ser reformada, para que tenga una utilidad real para el sistema financiero. Esto quiere decir que, en las actuales circunstancias, el tipo no cumple cabalmente con sus objetivos. La difusión interesada de información engañosa se sigue cometiendo en este tiempo, a través sobre todo de las redes sociales. Mientras no exista una simplificación del tipo penal, que considere al momento de la difusión de las noticias falsas como el de la consumación del delito, se mantendrá el enfoque reactivo de la norma, dejando de lado el tratamiento prospectivo que bien podría prevenir problemas mayores para la estabilidad de las instituciones financieras. Además creemos que el hecho de no haber valorado la

condición personal del agente en el tipo penal ecuatoriano es un error, que debería solucionarse incluyendo como una agravante que el sujeto activo tenga un conocimiento profesional acreditable en las actividades financieras.

13.- La libertad de expresión de los ciudadanos debe estar garantizada en cualquier escenario. Sin embargo, el designio de causar daño mediante informaciones engañosas debe ser fuente de responsabilidad penal. En nuestra sociedad es el método idóneo para desincentivar la conducta descrita, que por sus consecuencias para el sistema económico, no puede ignorarse.

RECOMENDACIONES

En cuanto al acápite de las recomendaciones, considero que es necesario considerar lo siguiente:

1.- Es necesario que se reforme el artículo 322 del Código Orgánico Integral Penal, suprimiendo el retiro masivo de depósitos como el momento de consumación del delito, que debe ser reemplazado por el tiempo en que se difunden las noticias falsas, para que el tipo penal desempeñe claramente su función de tipo de peligro y así evitar que se consumen las consecuencias nefastas del pánico financiero. Esto significa que no hay que esperar a que la institución financiera o cooperativa estén quebradas o afectadas en su estabilidad, para activar la protección del derecho penal en cuanto al delito de pánico financiero.

La nueva redacción del pánico financiero debería aprovechar su potencial de crear una regla de conducta, respecto de la importancia que tiene el sistema de crédito y el orden económico social en la sociedad ecuatoriana. Propongo el siguiente texto:

“Aquella persona que publique o divulgue información falsa o inexacta que **pueda afectar** la confianza de la población en las instituciones del sistema financiero público, privado o de la economía popular y solidaria, u ocasionar un retiro masivo de depósitos, será sancionada con pena privativa de la libertad de siete a nueve años.

En caso de que la persona que divulgue o publique las noticias falsas sea o haya sido miembro de una institución del sistema financiero o de la economía popular y solidaria, de los órganos de control del sistema financiero, el Banco Central del

Ecuador o tenga conocimientos acreditables en finanzas y banca, la pena constante en el párrafo anterior se elevará en un tercio de la pena originalmente establecida”.

2.- El Código Orgánico Integral Penal debería adoptar la perspectiva de prevención general del delito, en lo atinente a ciertas conductas de especial gravedad del derecho penal económico. Esto significaría aceptar la existencia de instituciones jurídicas de adelantamiento de la punibilidad al estadio previo al de la consumación, castigo de la tentativa del delito en los mismo términos que el de la consumación y la creación de tipos penales independientes con casos tentativa delictiva, en la legislación penal ecuatoriana. Estas figuras tendrían que ser graduadas en función de la gravedad de la afectación a la convivencia social, con énfasis en las infracciones más perniciosas para el sistema social y económico.

3.- Debe incluirse en el Código Orgánico Integral Penal, que el infractor que tenga conocimientos de finanzas, banca y otras materias afines vea agravada su sentencia en caso de incurrir en las conductas constitutivas del pánico financiero. Esto es proporcional y justo si consideramos que las personas iniciadas en el tema de la banca y las finanzas tienen plena conciencia y conocimiento del daño que están causando al difundir noticias falsas sobre el sistema financiero, tanto directa como potencialmente.

4.- El orden económico social y el sistema financiero son bienes jurídicos que exigen una protección reforzada frente a las amenazas del nuevo milenio. En este punto, se debería acoger el paradigma del enemigo en casos excepcionales de criminalidad económica, entre los que se encuentra el pánico financiero. Esa adopción de las técnicas del enemigo sería obviamente parcial, conviviría con las normas garantistas actualmente en vigencia y estaría sujeto al control de constitucionalidad que realice la instancia pertinente –en nuestro caso, la Corte Constitucional-.

5.- Así como se han organizado las Fiscalías del Ecuador -aplicando la especialización por materia de conocimiento-, sería conveniente que los juzgados creen unidades especializadas en delitos económicos, para que el análisis y juzgamiento de estas infracciones se realice por parte de personas que dominen esta disciplina, que no está al alcance y dentro de la comprensión de un buen porcentaje de profesionales del derecho en nuestro país.

Sería importante también que los juzgados penales económicos se conformen por un equipo multidisciplinario que cuente con abogados y también con profesionales en el campo financiero, monetario, auditores, técnicos en informática, expertos en disciplinas económicas, mercantiles y afines, para que el trabajo de obtener información, procesar pruebas, compartir datos y analizar conductas cuente con la opinión experta de quienes tienen conocimiento de dichas actividades.

No es necesario recordar que el derecho financiero es una materia en la que se entrecruzan conceptos económicos y jurídicos, para cuya comprensión hay que tener un conocimiento básico de cómo funcionan los mercados, las regulaciones imprescindibles que los definen y el frágil equilibrio que existe entre una sociedad económicamente libre y las leyes que la rigen. Esas leyes, así sea con afán correctivo, intervienen en el hecho económico con consecuencias positivas o ruinosas para el normal desarrollo del negocio de la intermediación financiera.

La creación de los juzgados penales económicos y financieros permitiría la constante renovación de la jurisprudencia especializada, lo que a su vez nos llevaría a identificar espacios de acción de la justicia antes inexplorados, estableciendo una respuesta institucional eficaz contra la criminalidad económica.

Obras citadas

- Abanto Vásquez Manuel. “El llamado Derecho Penal del Enemigo. Especial referencia al Derecho Penal Económico”. En *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, editado por Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, 1:7. Madrid : Montevideo, Republica Oriental del Uruguay: Edisofer ; B de F, 2006.
- Agencia de Noticias EFE. “Conflicto entre banqueros se desata en pelea televisiva”. *Diario El Universo*. 21 de septiembre de 2004. <https://www.eluniverso.com/2004/09/21/0001/9/0B2C25437C2D49E9AFC1E5E54716FADF.html>.
- Ambos, Kai. *Derecho Penal del Enemigo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. <https://www.overdrive.com/search?q=C9CB0912-E2CA-4C5E-AE95-8009E9D55453>.
- Araujo G., M. Paulina. *Derecho penal económico: los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- ASOBANCA. “Evolución de la Banca Privada Ecuatoriana.- Agosto de 2020”. Institucional, s. f. <https://www.asobanca.org.ec/publicaciones/evoluci%C3%B3n-de-la-banca/evoluci%C3%B3n-de-la-banca-agosto-2020>.
- Banco Pichincha. “Balance General del Banco Pichincha”. Institucional. *Indicadores y Resoluciones*, s. f. <https://www.pichincha.com/portal/Portals/0/pdf/BALANCE-GENERAL.pdf?ver=2020-07-23-095830-850>.
- Bernardo, Feijoo Sánchez. *Normativización del derecho penal y realidad social*. Universidad Externado de Colombia, 2007. <https://www.overdrive.com/search?q=431EF293-7CDA-4AE5-AE84-59FDD6290B66>.
- Cuesta Aguado, Paz M. de la. “Sociedad tecnológica y globalización del Derecho Penal”. En *Derecho penal económico*, 22–23. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.
- Gabriela Alexandra Rosero Delgado. “Oligarquías en el Ecuador desde el auge neoliberal hasta su ulterior recomposición en la crisis económica del 2000”. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2013. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/898/browse?type=author&order=ASC&rpp=20&value=Rosero+Delgado%2C+Gabriela+Alexandra>.
- Hernández Quintero, Hernando A. *Los delitos económicos en la actividad financiera*. 3. ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- Jakobs, Günther. *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*. Editado por Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John, 2008. <https://www.overdrive.com/search?q=5A6AB86B-26D7-4DA9-A72A-8065FC43E945>.
- . *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Traducido por Cancio Meliá, Manuel. Primera. Madrid: Civitas, 2000.
- Jakobs, Günther, y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. 1. ed. Cuadernos Civitas. Madrid: Thomson/Civitas, 2003.
- Martínez Monterrosa, Alberto, ed. *Aportaciones de Niklas Luhmann a la comprensión de la sociedad moderna*. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte, Editorial, 2014.

- Muñoz Conde, Francisco. “El Nuevo Derecho Penal Autoritario: consideraciones sobre el llamado Derecho Penal del Enemigo”. En *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, editado por Guillermo Portilla Contreras, 171. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía, 2005.
- Néstor Herrera Román. “La crisis financiera de 1998-99 y el relevo de los grupos financieros en el Ecuador”. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2012. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/5276/2/TFLACSO-2012NEHR.pdf>.
- Polaino-Orts, Miguel. *Lo verdadero y lo falso en el derecho penal del enemigo*. Colección Estudios de derecho penal de la Universidad de Huánuco Serie maior 2. Lima: Grijley, 2009.
- Redacción del diario El Comercio de Quito. “Kenney pidió sacar a los hermanos Isaías de EE.UU.” 15 de mayo de 2011, sec. Mundo.
- Righi, Esteban. *Derecho penal económico comparado*. Serie Monografías. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado : Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.
- Schünemann, Bernd. *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!: sobre los límites inviolables del derecho penal en un estado liberal de derecho*. Editado por Universidad Externado de Colombia. Traducido por Angela de la Torre Benítez. Bogotá, D.C., Colombia, 2007. <https://www.overdrive.com/search?q=DF58D097-7221-4B00-AA11-D47C32927C69>.
- Wilfried Bottke. *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*. Editado por Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig. 1a ed. Las Rozas: La Ley, 2010.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. México, D.F.: Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V., 2007.
- Zaffaroni, Eugenio Raul. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica juridico-penal*. 3. reimpr. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. 1a. ed. Documentos. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993.