



UNIVERSIDAD DE CUENCA.

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y
SOCIALES.**

ESCUELA DE DERECHO.

**“ESTABLECIMIENTO DE CONDICIONES NECESARIAS EN EL DELITO DE
LAVADO DE ACTIVOS”**

**Monografía previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales
de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.**

AUTOR: Sebastián David Santacruz Ochoa.
CI: 0104238803

DIRECTOR: Abg. Diego Xavier Martínez Izquierdo.
CI: 0301563375

Cuenca-Ecuador.

Abril - 2017.



Resumen.

El Delito de Lavado de Activos ha evolucionado a lo largo de la historia, tanto su concepción como las formas para su cometimiento, por ello la legislación avanza y se reinventa a fin de regular las conductas lesivas en la sociedad, pero algunas veces por intentar precautelar los bienes jurídicos a toda costa, se vulneran garantías básicas de los procesados, a fin de encontrar culpables se violenta el debido proceso o las condiciones previas exigibles a distintos delitos.

Por ello, este trabajo de investigación pretende demostrar si el delito de lavado de activos tal como se lo concibe en nuestro ordenamiento jurídico atenta o no contra garantías básicas o condiciones previas, principalmente por el hecho de considerar innecesaria una sentencia previa firme y ejecutoriada en el delito fuente.

Palabras Clave: Lavado de Activos, condiciones previas, garantías básicas, debido proceso, delito fuente.



Abstract.

The crime of money laundering has evolved throughout history, both its conception and the forms of doing so. The legislation then advances and reinvents itself in order to regulate harmful behavior in society, but sometimes by attempting to prevent legal assets at all costs, basic rights of the accused are violated along with the due process or the preconditions required for different offenses in order to convict them.

Therefore, this research aims to demonstrate if the crime of money laundering as it is conceived in our legal system does or does not against violate these basic guarantees or preconditions, mainly because it a previous firm and enforced sentence is considered unnecessary

Keywords: Money laundering, preconditions, basic guarantees, due process, source crime.



ÍNDICE.

Resumen.....	2
Abstract.	3
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	7
Dedicatoria.	8
Agradecimientos.....	9
Introducción.	10
Capítulo I: El Lavado de Activos.	12
1. Definición.....	12
2. Datos Históricos.	14
3. Tipificación de la Conducta- Análisis del Tipo:	15
3.1 Tipo Subjetivo	17
3.2. Tipo Objetivo.....	18
3.2.1 Sujeto Activo.	19
3.2.2 Sujeto Pasivo.	20
3.2.3 Bien Jurídico Protegido.	20
3.2.4 Verbo Rector.....	24
3.2.5 Pena.....	27
3.2.6 El origen ilícito.	29
Capítulo II: Condiciones Previas en los Delitos.	31
1. La Prejudicialidad.	31
2. La Procedibilidad.....	34
3. Principios Constitucionales:	37



3.1 Garantías básicas del debido Proceso	38
3.1.1 Presunción de Inocencia.....	41
4. Análisis de la necesidad de una Sentencia Ejecutoriada para el inicio del Proceso Penal por el delito de Lavado de Activos.	43
Capítulo III: Legislación Internacional.	46
1. El lavado de activos en distintos ordenamientos jurídicos.	46
2. Vinculación internacional en contra del lavado de activos.....	52
3. Normativa Internacional y Nuestro Ordenamiento Jurídico.....	59
Conclusiones:	61
Bibliografía.	63



CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.



Universidad de Cuenca
Cláusula de derechos de autor

CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.

Sebastián David Santacruz Ochoa, autor de la Monografía "Establecimiento de condiciones necesarias en el Delito de Lavado de Activos", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, Abril del 2017.

Sebastián David Santacruz Ochoa

C.I: 0104238803



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.



Universidad de Cuenca
Cláusula de propiedad intelectual

CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

Sebastián David Santacruz Ochoa, autor de la Monografía "Establecimiento de condiciones necesarias en el Delito de Lavado de Activos", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, Abril del 2017

Sebastián David Santacruz Ochoa

C.I: 0104238803



Dedicatoria.

Dedico esta monografía a mi Familia, Ramiro, Diana, Ramiro, Santiago y a mis sobrinos Amelia y Nicolás.

También a quienes disfrutan del estudio del Derecho, a quienes confían y creen que una sociedad Justa y equitativa es posible, a quienes luchan todos los días por lograr que este mundo sea un mejor lugar.



Agradecimientos.

Agradezco a Dios por permitirme concluir esta etapa de mi vida, a mi Madre Dolorosa por guiarme desde el primer día que la conocí.

Agradezco a todas las personas que me han acompañado en este camino, a mis Padres Ramiro y Diana, a mis hermanos Ramiro y Santiago, pilares fundamentales en el desarrollo de cada uno de los ámbitos de mi vida, gracias por la comprensión en los momentos difíciles, el apoyo y permitirme compartir mis momentos felices con ustedes, gracias por el ejemplo de lucha y dedicación y por demostrarme que las metas se alcanzan con esfuerzo y sacrificio.

A mis abuelos y tíos, especialmente a Gido y Tatiana quienes siempre estuvieron pendientes de mi avance como estudiante de esta maravillosa carrera.

A mis amigos, confidentes y hermanos por elección: Juan S, David L, Juan M, Fernando P, Amyr S, José M, Gustavo O, Juan G, Mateo U, Pedro S. (Potenciales clientes)

Finalmente a los docentes de quienes recibí la formación integral, tanto en la Universidad de Cuenca como en mi querida Unidad Educativa Borja.



Introducción.

El Lavado de Activos es uno de los delitos más lesivos para un estado, puesto que no atenta solamente contra un Bien Jurídico protegido, sino contra una pluralidad de ellos, podemos observar sus efectos directamente en la economía de un país e indirectamente en la seguridad del mismo puesto que este ilícito se encuentra íntimamente relacionado con otros comportamientos tipificados y que conllevan múltiples problemas sociales que incrementan los daños en la sociedad, por ejemplo cuando el lavado se genera en beneficio de organizaciones delincuenciales, que a raíz de este incremento en su patrimonio expanden sus prácticas a otros tipos penales como el tráfico de estupefacientes, armas, personas, consiguiendo adicionalmente que el número de integrantes de la organización crezca, dando como resultado no solo un perjuicio económico del estado sino también afectando otros bienes jurídicos como la salud y su seguridad interna.

El delito de Lavado de Activos, tipificado en nuestro ordenamiento jurídico, penaliza entre otras cosas: el adquirir, transferir, poseer, administrar, convertir o beneficiarse de cualquier manera de activos de origen ilícito, sin embargo; para iniciar un proceso en contra del presunto infractor, no se necesita una sentencia ejecutoriada que verifique la culpabilidad en el delito fuente o la existencia del mismo, del cual se desprendería el beneficio económico para el cometimiento de la infracción penal.

Es así que podría presentarse el caso que el delito fuente no exista o que la participación del procesado no sea la que se determina en el proceso de lavado de activos, por lo que se estarían violando gravemente derechos fundamentales y garantías básicas como las de presunción de inocencia y debido proceso contempladas en la constitución de la República.



Por ello, en el primer capítulo abordaremos el concepto y análisis directo del tipo, tanto objetivo como subjetivo, para conocer la conducta descrita en el mismo y el fin del legislador para tipificarla, además de su evolución histórica y la forma en la que se ha convertido en el problema que hoy representa.

En el segundo capítulo haremos referencia a las condiciones previas en los delitos, su razón de ser y nos centraremos en la Prejudicialidad y la Procedibilidad, además de analizar garantías básicas como el debido proceso y la presunción de inocencia que podrían verse afectadas a lo largo del juicio en el que se imputen cargos de lavado de activos, para finalmente evaluar la necesidad de una Sentencia Ejecutoriada en el delito fuente del lavado de activos.

En el tercer capítulo realizaremos una comparación con diferentes ordenamientos jurídicos, en donde podremos apreciar los elementos del tipo en común y la pena aplicable según cada caso, observaremos si como en nuestra legislación el lavado de activos es considerado un delito autónomo o se lo vincula con el delito fuente, y por último también incluiremos los distintos métodos que los estados pretenden introducir en sus ordenamientos a fin de controlar y luchar contra el lavado de activos.



Capítulo I: El Lavado de Activos.

1. Definición.

El lavado de activos tiene distintas definiciones que pretenden conceptualizar todo lo que se lleva a cabo en el delito, por lo que citaremos algunas en las cuales podremos encontrar la síntesis del mismo.

Eduardo Caparrós lo define haciendo referencia al pronunciamiento de la Comisión Presidencial sobre Crimen Organizado estadounidense en 1984, como “proceso a través del cual se oculta la existencia de ingresos, o la ilegalidad de su procedencia o de su destino, a fin de simular su auténtica naturaleza y así conseguir que parezcan legítimos”¹

Diego J. Gómez Iniesta señala que “Por blanqueo de dinero o bienes entiendo aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad) es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico-financiero legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido en forma lícita”²

El GAFI (grupo de acción financiera internacional) que en 1990 emitió cuarenta recomendaciones para la lucha contra el lavado de activos, definió este delito como: “La conversión o transferencia de propiedad, a sabiendas de que deriva de un delito criminal, con el propósito de esconder o disfrazar su procedencia ilegal o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias legales de su accionar; ocultar o disfrazar la

¹ Caparrós, Fabián, El delito de blanqueo de capitales, Madrid, Colet, 1998 p 76

² Gomes, Diego. El delito de blanqueo de capitales en el derecho español. Barcelona, cedecs, editorial S.I, 1996 p 21



naturaleza real, fuente, ubicación, disposición, movimiento, derechos con respecto a, o propiedad de, bienes a sabiendas de que derivan de ofensa criminal; la adquisición, posesión o uso de bienes sabiendo, al momento en que se reciben, que deriva de una ofensa criminal o de la participación en algún delito”.

Podemos señalar que lo más acertado para definirlo sería el catalogarlo como un proceso, puesto que es una operación completa a fin de que los activos obtenidos de forma ilícita adquieran la apariencia de legítimos, para lo cual en la mayoría de los casos, no bastará con una determinada acción sino una secuencia organizada de actos que finalmente materialicen el delito.

Si bien el tipo comprende algunos verbos rectores, las definiciones citadas coinciden en el proceso de transformación y ocultamiento tanto de la fuente de ingresos como del objeto adquirido; debemos recalcar que el punto fundamental dentro del concepto es que los beneficios obtenidos procedan de una fuente ilícita, por lo que deriva de ello, la necesidad del proceso de conversión.



2. Datos Históricos.

El delito tiene sus orígenes en la edad media, donde los prestamistas transformaban sus ganancias de la usura en beneficios lícitos, dando inicio a lo que posteriormente terminaría siendo el lavado de activos.

En la edad moderna, los Galeones que transportaban el oro desde América hacia Europa sufrían asaltos en altamar por parte de piratas, lo robado solía ser ocultado o modificaban su origen; con la creación de empresas de seguros relacionadas con la actividad marítima, se simulaban accidentes de donde obtenían beneficios que se confundían con los ingresos ilícitos.

Posteriormente en la década de 1920, en los Estados Unidos de Norteamérica, época en la que distintas ciudades del país se encontraban controladas por la mafia, principalmente por la organización criminal de Al Capone en la ciudad de Chicago; el término “lavado” comenzó a ser utilizado por el método que utilizaban las mafias al camuflar los beneficios de sus operaciones delictivas detrás de las ganancias de los negocios de lavanderías que poseían.

Con el avance de la sociedad y los métodos para delinquir, a partir de los años 70, se dio el auge del narcotráfico, delito que se encuentra íntimamente vinculado con el lavado de activos, en donde principalmente se utilizan entidades financieras para confundir los importes obtenidos de origen ilícito y muchas veces poder sacar dichos fondos del país, entre otros métodos utilizados para ocultar el origen de los fondos.



3. Tipificación de la Conducta- Análisis del Tipo:

El tipo que contiene el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 317 señala:

Lavado de activos: La persona que en forma directa o indirecta:

1. Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito.
2. Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito.
3. Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en este artículo.
4. Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo.
5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos.
6. Ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país.

Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito.

El lavado de activos se sanciona con las siguientes penas:



1. Con pena privativa de libertad de uno a tres años cuando el monto de los activos objeto del delito sea inferior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.
2. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años cuando la comisión del delito no presuponga la asociación para delinquir. Con pena privativa de libertad de siete a diez años, en los siguientes casos: a) Cuando el monto de los activos objeto del delito sea igual o superior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general. b) Si la comisión del delito presuponga la asociación para delinquir, sin servirse de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas. c) Cuando el delito sea cometido utilizando instituciones del sistema financiero o de seguros; instituciones públicas o dignidades; o, en el desempeño de cargos directivos, funciones o empleos en dichos sistemas.
3. Con pena privativa de libertad de diez a trece años, en los siguientes casos: a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general. b) Cuando la comisión del delito presupone la asociación para delinquir a través de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas. c) Cuando el delito ha sido cometido utilizando instituciones públicas, o dignidades, cargos o empleos públicos. En los casos antes mencionados, el lavado de activos también se sanciona con una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito, de ser el caso.³

³ Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Orgánico Integral Penal. Quito, CEP, 2014. Pg49



Si bien el tipo es extenso y contiene diversos supuestos, su análisis hará más fácil comprender el por qué de su redacción y lo más importante, encontrar la voluntad final del legislador al incorporarlo en el ordenamiento jurídico como una conducta punible, por lo que a continuación analizaremos cada uno de sus elementos tanto de tipo Subjetivo como de tipo Objetivo.

3.1 Tipo Subjetivo

Dentro del análisis subjetivo debemos indicar que se toma a la conducta del autor como un elemento del tipo y se evalúa si su actuar es doloso o no, como señala el Doctor Alfonso Zambrano “la teoría subjetiva fundamenta la penalidad en la comprobación de una voluntad contraria al derecho y no en la efectiva puesta de peligro del bien jurídico”⁴; cabe indicar que respecto al dolo Welzel dice: “toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarlo – el momento volitivo- ambos momentos conjuntamente como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo”⁵ mientras que para nuestra legislación el dolo está conceptualizado como el designio de causar daño.

El tipo en cuestión es netamente doloso, para su cometimiento requiere que el autor conozca que los activos provienen de fuente ilícita y actúe con el designio de transformarlos o de ocultar su origen a fin de obtener un beneficio, es decir una decisión libre y voluntaria para realizar la acción típica, sin embargo no será necesario que sepa exactamente como se perpetuó el delito fuente, basta con que sepa que el origen de los bienes no es lícito.

⁴ Zambrano, Alfonso, Lavado de Activos, 2da edición, corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2010, p 69.

⁵ Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, Decima Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, p 94



El catalogar al tipo como doloso evita que los procesados pretendan demostrar que su actuar fue de manera culposa, es decir que no conocía su origen y su obrar se lo realizó sin conocimiento de que cometía un ilícito, lo que podría realizarse de manera intencional y deliberada a fin de evitar la sanción, conducta que es conocida como ignorancia intencional y que claramente no puede aceptarse como un método de defensa válido, puesto que dicha acción está orientada a “ignorar” de manera dolosa la información relevante.

Por ello podemos concluir que el lavado de activos comprende el dolo directo por lo que la acción se ajusta al resultado buscado.

3.2. Tipo Objetivo.

Para doctrinarios como Welzel, dentro del análisis del tipo objetivo debemos enfocarnos en la acción que realiza el sujeto activo y que se subsume dentro del tipo penal, él señala que “El núcleo objetivo de todo delito es la acción, ordinariamente junto a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que constituye las circunstancias de resultado de la acción”⁶ ; a continuación realizaremos un análisis pormenorizando cada uno de los elementos del tipo.

⁶ Welzel, Hans, ob. cit. p 93.



3.2.1 Sujeto Activo.

Definimos al sujeto activo como la persona que ejecuta la acción tipificada, Jakobs señala que “autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas”⁷

Debemos indicar que existen distintos tipos de sujetos activos, que pueden ser comunes o calificados, entendiendo a los primeros como cualquier persona con la capacidad mental para obrar y con la edad necesaria para que pueda ser imputado, mientras que el calificado es aquel que cumple, a más de los requisitos citados, con ciertas condiciones exigibles dentro de cada ilícito.

Del tipo penal verificamos que, a excepción del numeral 3, que hace referencia al socio o accionista que preste el nombre de la sociedad o empresa de la que forma parte, no hay necesidad de un sujeto calificado, sino que el sujeto activo puede ser cualquier persona que adecúe su conducta al comportamiento descrito, es importante mencionar que también puede actuar una persona jurídica que haya sido creada para la comisión del delito y que podría acarrear la responsabilidad solidaria de la persona natural.

Como apreciaremos más adelante, distintas legislaciones vinculaban al sujeto activo del delito previo como participe, pero este no es el caso de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que en nuestro territorio se toma al lavado de activos como un delito autónomo.

⁷ Jackobs, Gunther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2da edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p 744



3.2.2 Sujeto Pasivo.

Definimos al Sujeto Pasivo como la persona quien recibe el daño por la ejecución de la acción tipificada, además es quien ostenta el bien jurídico protegido.

Al hablar del Sujeto Pasivo dentro del lavado de activos debemos hacer referencia al bien jurídico protegido, puesto que se encuentran estrechamente relacionados, porque es el sujeto pasivo quien ostenta el mismo; existen distintas corrientes doctrinarias que expresan que el bien jurídico protegido no es solo uno, sino pueden ser muchos, por lo que podemos identificar que la conclusión más acertada es que el sujeto pasivo son el estado y la sociedad.

3.2.3 Bien Jurídico Protegido.

Como indicábamos en el análisis del Sujeto Pasivo existen distintas corrientes que indican que el bien jurídico protegido en este tipo pueden ser varios, como lo indica el Doctor Zambrano “Podemos en principio decir que afecta a la economía y por ello podría ser ubicado entre los delitos contra el orden económico, porque crea una competencia desleal entre los lavadores y los agentes económicos que no tienen esos activos maculados. Cuando se trata específicamente del lavado de activos que provienen de una actividad delictiva como es el tráfico de drogas ilegales, puede ser visto como un delito contra la salud pública si se admite que con la penalización del tráfico de drogas ilegales se busca preservar como bien jurídico la salud pública [...] Podría ser estimado también como delito contra la seguridad del Estado el caso del financiamiento de células guerrilleras o terroristas [...] No falta la ubicación de delito contra la



administración de justicia, si se trata de encubrir los otros delitos cometidos que es en donde tiene su origen el activo que luego va a ser lavado o blanqueado [...] Nos pronunciamos por la tesis de que el delito de lavado de activos es pluriofensivo porque lesiona o vulnera más de un bien jurídico”⁸

Por lo expuesto es necesario indicar que el bien jurídico lo comprenden distintos ámbitos relevantes, por lo cual, como lo indica Zambrano la acción es pluriofensiva, pero debemos señalar que el bien jurídico más afectado es el orden socio-económico, al respecto el doctor Ricardo Vaca Andrade nos dice que es indispensable precisar los elementos socio-económicos que son afectados por este tipo, los mismos que podrían ser:

La libre competencia. El doctor Vaca hace mención de lo expresado por Jaime Náquira, quien indica: “En una economía de mercado, la libre competencia representa una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa. El principio de la libre competencia se fundamenta en un elemento esencial: la confianza en que todos los que intervienen en el mercado están sometidos a las mismas obligaciones y mecanismos de control. El capital, elemento vital de toda economía, está en la mirada del crimen organizado y uno de sus objetivos será infiltrarse en la economía “legal” tratando de obtener posiciones monopolísticas a través de la supresión de los competidores.”⁹ Claramente se puede evidenciar entonces el daño que implica el lavado de activos en el mercado, las personas que realizan actividades lícitas verían sus negocios inmersos en una competencia gravemente desleal, en la que seguramente perderán sus ingresos y dejarán de invertir por dichas condiciones.

⁸ Zambrano, Alfonso, Ob Cit, p 38,39.

⁹ Vaca, Ricardo. Lavado de dinero - primera parte. “El delito de lavado de activos en Ecuador” <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/lavado-de-dinero-primera-parte/> Pg. 10, consultado el 20 de febrero del 2017 a las 16:30.



Estabilidad del sistema financiero. El perjuicio para dicho sistema se genera por la reacción que la sociedad puede tener frente a las denuncias o incluso rumores perpetrados en contra de una entidad o un sujeto, el doctor Vaca lo aborda diciendo “Es evidente que cuando con el dinero limpio se mezcla dinero sucio proveniente de actividades criminales, principalmente, delitos de narcotráfico, se genera malestar, desconfianza e inseguridad en el sistema financiero, lo cual afecta seriamente la economía del país, como cuando el público acude masivamente a retirar sus depósitos y el Banco queda en estado de iliquidez viéndose forzado a pedir dinero al Estado para poder sobrevivir. Precisamente por esta razón los organismos de control, como la Superintendencia de Bancos ha emitido disposiciones precisas para identificar adecuada y suficientemente a los clientes, así como las operaciones y actividades que realicen.”¹⁰

Defraudación Tributaria. Según el doctor Vaca este punto es muy discutible al decir que “Existen opiniones de que los dineros y bienes que tienen un origen ilícito o delictivo, principalmente el tráfico de estupefacientes, no generan tributos que deben pagarse al Estado, con lo cual se perjudica notablemente a la administración tributaria que no recauda impuestos por las sumas elevadas que manejan las bandas delictivas. Esta posición doctrinaria es muy discutible ya que el bien jurídico protegido no puede ser la administración tributaria, en razón de que debe partirse del supuesto de que los impuestos deben recaudarse únicamente sobre dineros lícitos, limpios o bien habidos, caso contrario, el Estado estaría permitiendo que el dinero sucio se recicle para lavarse al confundirse con dinero limpio aportado por contribuyentes

¹⁰ Vaca, Ricardo. Ob. Cit. Pg. 10, consultado el 20 de febrero del 2017 a las 16:30.



honestos.”¹¹ Sin embargo debemos abordar el tema diciendo que no siempre los ingresos obtenidos por el lavado de dinero terminan en transacciones públicas o notorias, dado que al manejarse sumas elevadas, los infractores muchas veces pretenden esconder su actuar en compras y ventas ocultas a los ojos del fisco en medida de lo posible.

Finalmente es importante mencionar el criterio doctrinario que indica que en los ilícitos económicos se protegen bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, colectiva o difusa, como lo señala la Doctora Araujo Granda haciendo referencia a lo dicho por Martínez Bujan quien indica “La distinción básica debe partir de la correcta delimitación de los bienes colectivos – que abarcan a los bienes jurídicos sociales generales- y que se caracterizan por ser intereses que pertenecen a una comunidad social. En cambio , los bienes denominados como difusos, no son intereses que afecten a la totalidad de las personas y esto es precisamente lo que se deberá analizar detenidamente en el área penal económica, dado que la categoría de los delitos económicos, se estructuran con figuras delictivas que pueden ser a su vez contrarias a bienes colectivos como a objetos difusos [...] la diferenciación radica en el bien jurídico mediato y en el bien jurídico inmediato, por tanto, el orden económico social debería ser aprehendido como el bien jurídico mediato o la propia ratio legis o finalidad objetiva de la norma penal, que suministra al fin de cuentas las razones o motivos al legislador para criminalizar determinado comportamiento que atente contra los intereses de los protagonistas de un sistema económico. Esta conducta, además, se considerará con una objetividad jurídica plurivalente, en vista de que podrá afectar también a un bien jurídico inmediato, como la propiedad por ejemplo.”¹²

¹¹ Vaca, Ricardo. Ob. Cit. Pg. 11, consultado el 20 de febrero del 2017 a las 16:30.

¹² Araujo Paulina M. La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador. Corporación de estudios y Publicaciones 2014, Quito, pg 33



Con respecto a lo citado es menester señalar lo que pretende diferenciar, que no es otra cosa que los bienes jurídicos inmediatos, que son los tutelados directamente, cuando nos referimos al orden socioeconómico tal como lo indica Araujo Granda, estamos hablando no solo de este como un todo, sino a la protección directa de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, que vendrían a ser los bienes jurídicos que se tutelan directamente y que en su conjunto comprenden el bien supraindividual de orden socioeconómico.

3.2.4 Verbo Rector

El verbo rector es la conducta descrita en el tipo, que es ejecutada por el sujeto activo, el lavado de activos comprende: Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito; Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito; Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en este artículo; Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo; Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; Ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país.

Analizaremos los principales verbos y su relación con la conducta tipificada.



Adquiera, se beneficie.

El legislador se refiere a la acción de conseguir fondos de origen ilícito con los cuales en un futuro podría tener un provecho, tal como lo expresa Zambrano “Aquí se prevé la conducta de quien consigue a cualquier título bienes que se sabe han sido adquiridos con activos provenientes de un delito o delitos”¹³ cabe señalar que en la parte final del verbo rector indica que se beneficie “de cualquier manera” por lo que nos encontramos frente a un tipo abierto en esta sección.

Posea.

Para Zambrano quien al decir que “Debemos remitirnos a la ley civil que nos dice que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”¹⁴ nos deja ver que se aplica netamente el concepto civil.

Oculte.

Es otro verbo sumamente importante dentro del tipo pues comprende una conducta destinada a un fin específico, Zambrano lo define como “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista bien sea el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de tales activos o bienes”¹⁵.

¹³ Zambrano, Alfonso, Ob.Cit, Pg 132.

¹⁴ Zambrano, Alfonso, Ob Cit, Pg 133.

¹⁵ Zambrano, Alfonso, Ob Cit, Pg 131.



Organice, Gestione, Asesore.

Hay que establecer ciertas condiciones de estos verbos puesto que como lo indica Zambrano, "Esta conducta puede ser una forma de autoría cuando la asesoría es de carácter permanente o cuando el asesor o consultor forma parte de una organización o empresa criminal ya que en el crimen organizado hay una bien definida división de trabajo; pero cuando la asesoría es esporádica o eventual nos encontramos con una forma de complicidad"¹⁶, por lo que para establecer la culpabilidad en el delito es necesario realizar un análisis exhaustivo de la conducta.

Convierta.

Es cierto que el tipo enumera muchos verbos pero si encontramos el destino final de la acción podemos decir que la acción típica más relevante es la conversión del objeto material del delito, para José Palma los actos de conversión son entendidos como el "transformar una cosa en otra, sustituir una cosa por otra para hacer desaparecer la que tenía su origen en el delito grave y traer en su lugar otra total o parcialmente distinta de origen completamente lícito o aparentemente lícito"¹⁷

¹⁶ Zambrano, Alfonso, Ob Cit, p 135.

¹⁷ Palma, José. Los delitos de blanqueo de capitales. Madrid, Edersa 2000, p. 429.



3.2.5 Pena.

La pena es definida como “un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción”¹⁸. El tipo en cuestión en nuestro Ordenamiento Jurídico contempla distintas penas dependiendo de las condiciones en las que se cometa el ilícito, lo cual será analizado a continuación.

El artículo 317, numeral primero del Código Orgánico Integral Penal sanciona con pena privativa de libertad de uno a tres años cuando el monto de los activos objeto del delito sea inferior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general; esto indica que el tipo contiene una condición objetiva de punibilidad, que limita la pena hasta tres años si el monto es inferior a lo indicado.

Por su parte, en el numeral segundo del artículo 317 del referido cuerpo normativo se establece una pena privativa de libertad de cinco a siete años cuando la comisión del delito no presuponga la asociación para delinquir, ubicado en el segundo rango de sanción la pena es menor si el delito se comete por sí mismo y sin intervención o ayuda de otros, castigando en el siguiente inciso del artículo ésta práctica, que señala que se castigará con pena privativa de libertad de siete a diez años, en los siguientes casos: a) Cuando el monto de los activos objeto del delito sea igual o superior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general. b) Si la comisión del delito presuponga la asociación para delinquir, sin servirse de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas. c) Cuando el delito sea cometido utilizando instituciones del sistema financiero o

¹⁸ Cobo del Rosal, M. Y Vives Anton. Derecho Penal. Parte General. 3º Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990, p.616.



de seguros; instituciones públicas o dignidades; o, en el desempeño de cargos directivos, funciones o empleos en dichos sistemas.

Con pena privativa de libertad de diez a trece años, en los siguientes casos: a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general. b) Cuando la comisión del delito presupone la asociación para delinquir a través de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas. c) Cuando el delito ha sido cometido utilizando instituciones públicas, o dignidades, cargos o empleos públicos. En los casos antes mencionados, el lavado de activos también se sanciona con una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito, de ser el caso. Este es el cuarto rango de sanción en el que se condena el actuar de determinada manera y el monto del delito, es menester decir que el legislador pretende evitar la práctica indiscriminada de estas acciones con una sanción mayor, puesto que el actuar descrito en este numeral demuestra el ánimo directamente dirigido al cometimiento del delito con dolo directo.

Además de estas sanciones debemos referirnos al art 69 del mismo cuerpo normativo que contiene la sanción de comiso penal, que es aplicada también en el delito del lavado de activos.



3.2.6 El origen ilícito.

Es importante referirnos al origen ilícito de los activos, así como a la prueba indiciaria, tópicos indispensables para el análisis del lavado de activos.

Existen distintos tipos de prueba que pueden ser utilizados dentro de un proceso, al referirnos a la forma de probar el lavado de activos nos encontramos frente a una difícil tarea, puesto que el ilícito se lo comete con la plena intención de ocultar el actuar delictivo, lo que deriva muchas veces en la destrucción de evidencia y no solo ello, sino que por la naturaleza del tipo se realizan actividades lícitas a fin de aparentar un origen legítimo de los bienes, lo que ocasiona que no se pueda contar con pruebas directas del cometimiento del delito, sin embargo se puede recurrir a la prueba indiciaria, que no es otra que la que permite dar por reales hechos que no son directamente verificados, a través de probar otros hechos relacionados que disminuyen la duda del juez y consecuentemente elevan la posibilidad real de la existencia del hecho principal, este actuar como indican algunos doctrinarios es indispensable a fin de evitar la impunidad y se basa en el principio de libertad probatoria a partir del concepto de la sana crítica, al respecto encontramos el análisis realizado por los doctores Pinto y Cheavalier que indican: “No basta con la mera tipificación del delito de lavado y su concepción como delito autónomo del hecho criminal previo, sino que es fundamental permitir a los operadores herramientas indispensables para descubrir las acciones delictivas [...] La autonomía del delito de lavado se manifiesta claramente en materia procesal cuando el objeto del delito, esto es el origen delictivo de los bienes lavados, puede ser comprobado por cualquier medio legal. No es indispensable una sentencia de condena por el delito básico de tráfico de drogas u otro delito grave, se debería permitir la prueba del origen delictivo de los activos por cualquier medio. Como se ha descripto si se admite que el delito es autónomo, que es diferente al



encubrimiento más allá de la similitud en los verbos típicos y la naturaleza jurídica, debe admitirse que la prueba indiciaria correctamente aplicada conforme el criterio de la sana crítica, permite corroborar el origen criminal de los fondos de esta forma.”¹⁹ Todo esto encuentra su razón de ser en el hecho de que “Debe admitirse que si la criminalidad organizada posee nuevos mecanismos para cometer delitos, el estado debe contar con las herramientas para combatirlo, esto es la figura delictiva y la utilización de medios probatorios y su valoración en forma dinámica superadora de viejas concepciones que no puede aplicarse ante la criminalidad moderna.”²⁰ Sin embargo resulta un actuar sumamente arriesgado por el límite entre el evitar la impunidad y respetar las garantías básicas del procesado.

¹⁹ Pinto Ricardo, Cheavalier Ophelie. El Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo. https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0ahUK Ewjg5oz1o6LSAhVC1CYKHdbUBz0QFggYMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cicad.oas.org%2F%2FLavado_Activos%2Fesp%2FGupoExpertos%2Fdocumentos%25202001-2005%2FEI%2520delito%2520de%2520lavado%2520de%2520activos%2520como%2520delit o%2520autonomo.doc&usq=AFQjCNHlppsNk6AUwTFWXPEG3OSbXU7CNA&cad=rja CICAD. Pg. 53. Consultado el 20 de febrero de 2017 a las 18:00.

²⁰ Pinto Ricardo, Chaevalier Ophelie. Ob cit. Pg 56



Capítulo II: Condiciones Previas en los Delitos.

1. La Prejudicialidad.

Cuando nos referimos a Prejudicialidad hablamos de “toda cuestión jurídica cuya resolución constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principalmente sometida a juicio”²¹ tal como lo señala Sergio Delgado en su obra haciendo referencia a lo expresado por Vincenzo Manzini.

Esta institución tiene sus inicios en el derecho Romano, “las acciones se denominaban praeiudicialis (prejudiciales) y si tenían por objeto resolver cuestiones previas de hecho o de derecho”²² como señala Sergio Delgado “las acciones prejudiciales se distinguían de las comunes, porque su fin era lograr un solo pronunciamiento del juez respecto de determinada acción”²³ y generalmente se pronunciaba “preferentemente en las cuestiones de estado y en las relativas al patrimonio, como cuando se trataba de establecer si una persona era libre o esclava, para posteriormente asignarle o no el derecho que pretendía”²⁴ así nos lo indica Delgado citando a Peña Guzmán y Arguello.

Como podemos observar hablamos de una “resolución previa” puesto que la controversia principal se vería afectada por esa decisión; ahora bien, si lo aplicamos en el delito de lavado de activos estaríamos frente a la necesidad imperativa de una decisión previa, no solo de la investigación que el tipo actual requiere, podemos nuevamente citar a Delgado quien hace eco de lo expresado por Manzini al decir que “este asunto presupone también la existencia de ciertas cuestiones jurídicas, de cuya solución previa depende la constitución de un delito [...] constituyen controversias que deben juzgarse previamente al delito,

²¹ Delgado, Sergio. La Prejudicialidad en Materia Penal. Bogotá. Ed Temis. 1970. pg 17.

²² Delgado, Sergio. Ob Cit.pg 12

²³ Delgado, Sergio. Ob Cit.pg 12

²⁴ Delgado, Sergio. Ob Cit.pg 12



porque representan elementos integrantes del mismo delito. Mientras tales cuestiones no sean decididas, el delito no nace a la vida jurídica”²⁵ Debemos señalar que algunos doctrinarios indican que las cuestiones prejudiciales solo pueden presentarse en procesos no penales, pero si hablamos de la hipótesis planteada en este trabajo encontramos la necesidad de ampliar dicho concepto, puesto que como mentamos anteriormente se podría atentar contra derechos y garantías fundamentales, de manera que se estaría imputando a una persona, refiriéndonos a lo dicho por Manzini, cuando “el delito no nace a la vida jurídica”

Existen corrientes doctrinarias en las cuales se habla de una “Teoría de la Prejudicialidad Penal absoluta” la misma que argumenta que los jueces penales son competentes para resolver cualquier tipo de circunstancia previa, sea esta de materia penal o no, con el fundamento de que el Juez de la acción debe ser el Juez que conozca la excepción, dicha teoría tiene un fundamento lógico en dicho enunciado, pero no olvidemos que es sumamente importante que los procesados y la sociedad pueda tener acceso a una justicia administrada por Jueces competentes dentro de su materia y no me refiero solo a la división de la competencia, sino a la experticia de los mismos dentro del ámbito de su administración, por lo que para mi criterio sería inadmisibles que a fin de que el proceso continúe en el juzgado, o por celeridad, un Juez penal pueda resolver un asunto que no es de su competencia o viceversa.

Es necesario también que mencionemos lo que el COIP señala acerca de la Prejudicialidad en distintas disposiciones, encontramos así en el art 411 que indica:

Titularidad de la acción penal pública.- La fiscalía ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la

²⁵ Delgado, Sergio. Ob Cit.pg 36.



existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada. La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando:

1. Se pueda aplicar el principio de oportunidad.
2. Se presente una causal de Prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas.²⁶

Y su artículo 414 que dicta:

Prejudicialidad.- En los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial.²⁷

En la etapa del proceso e iniciando en la audiencia preparatoria también se da un espacio para que el juzgador resuelva cuestiones referentes a cuestiones previas en donde también se hace referencia a la prejudicialidad; sin embargo como podemos observar, nuestro código hace referencia únicamente a lo competente a prejudicialidad en el fuero civil, y es la única razón por la que se prohíbe el inicio del proceso penal sin una sentencia o auto firme.

²⁶ Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Orgánico Integral Penal. Quito, CEP, 2014. Pg65.

²⁷ Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Orgánico Integral Penal. Quito, CEP, 2014. Pg65.



2. La Procedibilidad.

Las condiciones de procedibilidad se definen según Mendes de Carvalho como “circunstancias ajenas a lo injusto culpable de las cuales depende la celebración de un proceso penal.”²⁸ Las mismas a diferencia de la Prejudicialidad se encuentran dentro del mismo proceso, pero suponen un supuesto sin el que el proceso no podría continuar; sin embargo, es necesario establecer una diferencia con las condiciones objetivas de punibilidad por lo que citaremos nuevamente a la doctora Mendes de Carvalho que señala con respecto a las condiciones de procedibilidad “Respecto a éstas últimas, se suele afirmar que condicionan únicamente el inicio del procedimiento y que entre ellas se encuentran, por ejemplo, la denuncia y la querella. Las condiciones objetivas de punibilidad, en cambio, son hechos objetivos que condicionan la punibilidad del delito con base en consideraciones fundamentalmente político-criminales”²⁹

Así mismo su análisis continúa y lo profundiza con un ejemplo bastante claro al decir “Señala Cerezo Mir que más convincente resulta el criterio propuesto por Hilde Kaufmann, análogo al aplicado en el Derecho civil para diferenciar el Derecho material del procesal. Sugiere Hilde Kaufmann que se haga una abstracción del proceso y se indague el sentido de los presupuestos de la aplicación de la pena. Todo lo que, haciendo abstracción del proceso, carezca de sentido, pertenecerá al Derecho procesal. En otras palabras: propone que se

²⁸ Mendes de Carvalho, Érika. Las condiciones de Procedibilidad y su ubicación sistemática. Una crítica al sistema integral de derecho penal <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-10.pdf> Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194. RECPC 07-10 (2005). Pg. 2 Consultado el 19 de enero del 2017 a las 18:15.

²⁹ Méndes de Carvalho, Érika. Ob cit. Pg 3 Consultado el 19 de enero del 2017 a las 18:15.



pregunte el sentido de la querella, de la amnistía o de la prescripción en caso de que no existiera el proceso (“¿tendría que depender la aplicación o no de la pena, en caso de que ella fuera posible sin proceso, de la circunstancia cuya naturaleza es dudosa o, por el contrario, sería esta circunstancia irrelevante?”) Cuando la circunstancia se muestra irrelevante para la imposición o no de la pena si se hace abstracción del proceso, estamos en presencia de un presupuesto procesal. En caso de que el Derecho penal se aplicase de modo automático o incluso voluntario, sostiene Hilde Kaufmann que tales instituciones mantendrían su sentido – o sea, su ausencia provocaría la no aplicación de la sanción penal -, lo que demostraría su pertenencia al Derecho penal material.”³⁰

Citamos especialmente esta parte del análisis porque nos da una pauta muy importante al hacer la pregunta sobre la naturaleza dudosa de la denuncia o querella que es precisamente la materia de este trabajo de investigación, puesto que podríamos hacerlo un símil, es decir la investigación iniciada por la fiscalía no siempre terminará en un dictamen acusatorio dentro del delito fuente; pero eso lo analizaremos a profundidad más adelante, lo más importante es que se diferencie y se tenga un concepto claro de las condiciones de procedibilidad.

De la misma manera que con la Prejudicialidad debemos citar el artículo 581 del COIP que dicta en su último inciso:

Artículo 581.- Formas de conocer la infracción penal.- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:

³⁰ Méndes de Carvalho, Érika. Pg 6 .Consultado el 19 de enero del 2017 a las 18:15.



“Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.”³¹

Mentamos el presente artículo porque refleja ciertamente la importancia de las condiciones de procedibilidad, las mismas que son suficientes para suspender el ejercicio de la acción penal tal como lo señala el artículo 411 del mismo cuerpo normativo, al cual nos referimos en el título anterior.

³¹ Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Orgánico Integral Penal. Quito, CEP, 2014.pg 95.



3. Principios Constitucionales:

Cuando hablamos de principios nos referimos a las directrices sobre las que se fundamenta un cuerpo legal, estos reflejan el sentido de la norma y su razón de ser, creo que es imprescindible referirnos a los principios constitucionales porque como es sabido la norma suprema, la misma que obliga al resto a estar en concordancia con ella, por ello me permito citar ciertos artículos que nos darán una óptica de lo que supondría una transgresión de los mismos.

En el capítulo cuarto, de la función judicial y Justicia Indígena señala en su sección primera:

Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.³²

En su sección décima:

Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

³² Registro Oficial 449. Constitución de la República del Ecuador. Quito. 2008. Pg97



Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.³³

3.1 Garantías básicas del debido Proceso

El principal antecedente que se conoce con respecto al debido proceso es la carta magna de 1215 que se emitió a razón de frenar el arbitrario gobierno de la monarquía encabezada por el Rey Juan I de Inglaterra, quien luego de las costosas campañas de conquistas emprendidas por su hermano “Ricardo corazón de león”, a quien sucedería en el trono, sostuvo una dura política de cobro elevado de impuestos y abusos, lo que originó el descontento en los barones quienes con el apoyo de nobles obligaron a Juan, luego de una rebelión, a firmar la carta que concedía derechos básicos a los ciudadanos.

Hoy en día el debido proceso ha evolucionado y es una herramienta que permite entre otras cosas frenar el ejercicio abusivo de la potestad punitiva del estado, brindando garantías al procesado y pretendiendo que el trámite al que se vea sometido sea justo y equipare las fuerzas y capacidades de cada parte.

Sin duda para referirnos a las garantías básicas es indispensable citar el artículo 76 de la Constitución el mismo que indica:

³³ Registro Oficial 449. Constitución de la República del Ecuador. Quito. 2008. Pg195



Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.



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

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.



- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.³⁴

3.1.1 Presunción de Inocencia.

Luego de revisar lo que se encuentra redactado en nuestra constitución creo que debemos resaltar el numeral 2 del artículo 76 que nos habla de la presunción de inocencia, una garantía fundamental, cuya razón de ser es evitar el error para la aplicación de una sanción, como es conocido en un proceso penal no se debe probar que una persona es inocente, al contrario, el imputado asiste a la audiencia de juzgamiento en ese estado y es ahí donde se enervará el mismo; partiendo de ello, es necesario que tomemos en cuenta que al procesado por el delito de lavado de activos se le imputa una conducta sin una

³⁴ Registro Oficial 449. Constitución de la República del Ecuador. Quito. 2008. Pg 56-58.



sentencia firme del elemento sine qua non, que es el delito base, lo que nos lleva a cuestionarnos acerca de si realmente estamos cumpliendo con la garantía de la presunción de inocencia o por acelerar un proceso se dejan a un lado detalles muy importantes y se permita ejercer a fiscalía su función acusadora simplemente con una investigación, incluso podríamos ponderar los derechos y plantear la pregunta si está bien que sacrifiquemos garantías por la **presunción** de que nuestros activos provienen de fuente ilícita? recordemos que existen ciertas instancias en las que la imputación significa ya un perjuicio para una persona, no solo socialmente sino incluso le genera perjuicios en su trabajo, como es el caso de guardias penitenciarios quienes como requisito para ascender a ciertos cargos se les solicita como requisito de probidad no haber sido imputado por delito alguno.



4. Análisis de la necesidad de una Sentencia Ejecutoriada para el inicio del Proceso Penal por el delito de Lavado de Activos.

Todos los temas que hemos tratado previamente confluyen en este análisis, debemos entender plenamente qué comprende el lavado de activos, para conocer que se le imputa a una persona en el proceso, así mismo es importante saber que dice nuestra legislación y la doctrina acerca de lo planteado en la hipótesis de este trabajo, y naturalmente es indispensable mentar lo que dicta nuestra norma suprema, puesto que es el punto más importante al contener las disposiciones de mayor jerarquía.

Partamos por lo que indica el tipo penal, en toda su redacción hace referencia al origen ilícito de los bienes, por lo que a mi forma de entenderlo es el elemento más importante, sin él obviamente la conducta no se adecúa a lo descrito, por lo que sería imposible que se practique una formulación de cargos, ahora si hablamos de este elemento como un requisito indispensable para que se configure el delito, es lógico que lo que primero se debería probar es que ese origen es efectivamente ilícito.

Sin embargo existe el argumento de que la normativa está estructurada de ésta manera para precautelar el interés del estado y los particulares, como ya habíamos señalado es entendible que al ser un delito pluriofensivo se lo tome con mucha cautela, pero deberíamos reflexionar sobre el hecho de que ésta cautela nos esté llevando a vulnerar las garantías de las que los individuos nos vemos asistidos, es decir, a fin de tener una práctica preventiva no se pueden olvidar los principios básicos, es cierto que la mejor cura es la prevención pero no por ello basaremos los procesos en una suposición o presunción.



Con respecto a los principios fundamentales y garantías básicas, son sumamente claras, está por demás indicar su importancia normativa, no olvidemos que incluso la ley indica que cuando exista confusión en las normas se debe acudir imperativamente a ellos; las garantías los desarrollan y nos dan una óptica bastante amplia, por ello y por lo dicho previamente cuando las transcribí es imposible admitir que pueda existir una norma que las contraríe; hablamos de derechos inalienables, que todos poseemos incluso al sentenciado previamente por el mismo delito, le asisten estas garantías y lamentablemente muchas veces la opinión popular cae en el campo de un derecho penal del enemigo que categoriza a las personas por sus condiciones, procedencia y actuar previo, es erróneo en el argot popular, pero es inadmisible que se aplique en la legislación, no olvidemos aquel dicho que es preferible tener a un culpable libre que a un inocente condenado, el por qué de recordarlo es el hecho de lo sutil que debe ser el derecho penal, su mínimo actuar contemplado en la ley nos indica que abusar del mismo nos encaminaría a una sociedad en la que el estado sancionador limita aún más las libertades que ya hemos cedido para ser parte de él, no podemos permitir que el sistema se torne inquisidor y violente las garantías de las que nos vemos asistidos.

Por lo expuesto, debemos responder la pregunta ¿es necesaria una sentencia previa para imputar a una persona el delito de lavado de activos?

Mi planteamiento indica que si el delito fuente condiciona la existencia de la infracción, cualquier acto procesal en contra de una persona significaría un atentado contra las garantías básicas que poseemos, puesto que se nos estaría imputando un delito por la mera investigación de una conducta presuntamente ilícita, que puede dar como resultado el desistimiento de la acción o incluso el abstenerse de formular cargos, por lo que a mi parecer podría constituir un requisito de Prejudicialidad; por ello el tipo, tal como se encuentra redactado en el COIP restringe garantías, recordemos que en la ley de prevención, detención y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos



habla de la obligación de demostrar **fehacientemente** el origen ilícito de los activos supuestamente lavados, lo que claramente constituye una garantía mayor para el supuesto infractor, hubiese sido muy acertado por parte del legislador mantener esta redacción dado que tendría armonía con las garantías básicas concedidas por nuestra legislación.

Con respecto a la necesidad de una sentencia, lo que considero es que sería lo óptimo, puesto que demostraría inequívocamente que el sujeto obtuvo ingresos de una fuente ilícita y se podría iniciar el proceso en su contra si utilizó cualquier método punible para aparentar su legitimidad, sin embargo no es la única forma en la que se podría probar ese supuesto, pero no podemos dudar de que claramente sería el método más eficiente y garantista.



Capítulo III: Legislación Internacional.

1. El lavado de activos en distintos ordenamientos jurídicos.

El lavado de activos es un delito que compromete al orden establecido y la política económica de todos los estados, por lo que los distintos ordenamientos jurídicos lo sancionan de distintas maneras, como hemos señalado al ser un tipo pluriofensivo es abordado con mucha cautela, dado que incluso acarrea el cometimiento de otros delitos, o es el resultado final de los mismos, por ello analizaremos como se encuentran redactados los tipos en otras legislaciones, y el bien jurídico que se pretende proteger.

En la legislación española, en su código penal, el Capítulo XIV “De la Receptación y el Blanqueo de Capitales”, en el artículo 300 señala que: “Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena”

Y dicta en el artículo 301 en el numeral primero, el tipo penal del blanqueo de capitales que comprende : “El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del



establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.”³⁵

Como podemos apreciar, el ordenamiento jurídico español indica que se aplicarán las disposiciones, incluso si el cómplice o autor fuera irresponsable o si estuviera personalmente exento de pena, lo que corrobora nuestro planteamiento acerca de las garantías básicas que pueden ser violentadas por el abuso del ius puniendi atribuido al estado.

Los doctores Pinto y Cheavalier realizan el análisis del tipo y señalan que:

“El Código Penal español regula el lavado de capitales en el Artículo 301 que se encuentra ubicado en el Capítulo XIV, “De la receptación y otras conductas afines” dentro del Título de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Muchos autores dadas las conductas descritas en el tipo consideran que el bien jurídico afectado es la Administración de Justicia.”³⁶

“En España el Artículo 301 del Código Penal en su inciso primero sanciona la adquisición, la conversión o la transmisión de bienes procedentes de un delito grave con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias legales de sus actos, así como la realización de cualquier otro acto sobre tales bienes con los mismos objetivos. El tipo sanciona entonces los actos tendientes a ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes procedentes de un crimen o el ayudar a quienes hayan intervenido en la comisión del delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos. La norma prescribe por un lado tipos de receptación y por el otro de favorecimiento. El inciso segundo del Artículo 301 tipifica una forma de favorecimiento real al incluir los verbos “ocultar y

³⁵ Código Penal Español Edición actualizada a 11 de abril de 2016.

³⁶ Pinto Ricardo, Chaevalier Ophelie. Ob cit. Pg 19.



encubrir”, en ese sentido sigue la fórmula del Artículo 3 (1) b) ii) de la Convención de Viena y el Artículo 1 de la Directiva de CE.”³⁷

Mientras que en la Legislación Argentina encontramos en su código Penal, que en el Título XIII de los Delitos contra el Orden Económico y Financiero en su artículo 303 señala:

“1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos: a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza; b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

3) El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

³⁷ Pinto Ricardo, Chaevalier Ophelie. Ob cit. Pg 31.



4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años. 5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

Mientras que en el artículo 305 indica que: El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes. En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes”.³⁸

En Argentina observamos que la pena en el delito puede llegar en cuanto a la suma de la multa hasta diez veces del monto de la operación, lo que incluso sería susceptible de un análisis en torno a la lesividad del acto y la equivalencia de la pena que dicta el tipo.

Al respecto citaremos nuevamente el análisis de Pinto y Ophelie quienes indican que: “En la ley Argentina el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia. En el proyecto de ley elaborado por la Cámara de Diputados de la Nación se establece que el lavado de dinero es una forma de encubrimiento. La crítica del Congreso Argentino al concepto de un delito de lavado que sea diferente al delito de encubrimiento surge a partir de la idea de que en la

³⁸ Código Penal de la Nación Argentina 1984, Ley N° 26.683 actualizado.



represión del encubrimiento simple también se da un “golpe financiero” a la organización que delinque como se busca con el tipo penal del lavado de activos; así, si se persigue por encubrimiento a quienes apoyan a una organización que se dedica al robo de autos adquiriéndole vehículos a bajo precio, se daría un golpe financiero al robo de automóviles, puesto que la organización que se dedica a tal actividad ilícita no tendría cómo reducir su botín.

No obstante lo anterior, el dictamen de mayoría establece que en la figura del lavado de activos suele existir como elemento fundamental la presencia del “crimen organizado” reinvertiendo el producto del delito y que esa razón, más el hecho de que varios países en el contexto cultural de Argentina hayan tipificado el lavado de activos como crimen autónomo es razón suficiente para que se acepte al menos una “regulación de lavado” ya que, además, de esta forma “en el plano del ‘derecho penal simbólico’ se ubica al país entre aquellos que “no son proclives al lavado de dinero.” Esta posición no es la mayoritaria según las tendencias en la tipificación del delito de lavado de activos que relaciona el lavado con el crimen organizado y a su tipificación y castigo como un instrumento que facilita los medios para su control. El legislador argentino, estimó que el encubrimiento sería suficiente para combatir a la empresa criminal y por eso su tipo penal no es ni más ni menos que una forma de encubrimiento calificado, aún cuando nominalmente existe un delito de lavado de activos.

La legislación argentina asumió que la figura de lavado es una forma de encubrimiento, que no se protege otro bien jurídico y que no tiene diferencia sustancial con el encubrimiento simple, aún cuando en las hipótesis que denomina lavado de activos aumenta la pena de las personas que cometan los



verbos típicos que están previstos en el Artículo 278 que combate este último delito.”³⁹

Es importante resaltar la reacción de cada ordenamiento jurídico en torno al lavado de activos, puesto que como es conocido, cada sociedad se ve afectada de distinta manera por una determinada conducta; no obstante la firmeza de las sanciones derivan de la lucha contra los delitos base del lavado de activos, por lo que como hemos visto muchas veces se puede exagerar en la condena del acto incluso con el peligro de violentar las garantías básicas de los procesados.

También se hace referencia a que en la legislación Argentina por cómo se encuentra tipificado, no es un país proclive al lavado de activos, todo ello en el plano del derecho Penal Simbólico, el mismo que es entendido como “el que se confecciona para hacer creer a la gente que criminalizando y amenazando con penas severas los comportamientos desviados, obtiene seguridad y sosiego”⁴⁰

Finalmente los doctores Pinto y Ophelie realizan un comentario comparando las disposiciones entre sí, “El Artículo 278 del Código Penal Argentino se asemeja a la norma española citada más arriba, tal es así que el Artículo 301 del Código Penal español se menciona en la exposición de motivos de la ley Argentina. Si bien no se utiliza los vocablos ocultar o encubrir, ni forma de finalidad alguna, la norma está ubicada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y es entendido como una forma agravada del encubrimiento.”⁴¹

³⁹ Pinto Ricardo, Chaevalier Ophelie. Ob cit. Pg 19.

⁴⁰ Pérez Pinzón, Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005, pg 312.

⁴¹ Pinto Ricardo, Chaevalier Ophelie. Ob cit. Pg 31.



2. Vinculación internacional en contra del lavado de activos.

Como hemos señalado previamente, el lavado de activos es un delito que preocupa a la mayoría de estados, puesto que muchas veces sus actividades se desarrollan en varios países, es por ello que desde hace tiempo atrás la lucha contra el ilícito se la pretende realizar en conjunto a fin de que los estados contraigan auténticos compromisos contra ésta actividad y poder mitigar su práctica y efectos.

Uno de los primeros tratados que tuvo importante influencia a nivel internacional fue la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas” que se desarrolló el 20 de Diciembre de 1998, ésta cuerpo normativo es importante pues es en él en donde se da un concepto de Lavado de activos por primera vez en normativa internacional, debemos mencionar que el mismo se relaciona exclusivamente con el lavado de activos pero sienta un precedente importante con respecto a la singularización de los actos, así podemos observar que en su artículo 3 indica:

“Artículo 3: DELITOS Y SANCIONES

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971



b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos”⁴²

Posteriormente en el año de 1986 se recomienda a la asamblea general de la OEA (Organización de estados americanos) la creación de la CICAD (Comisión Interamericana para el control y abuso de drogas) la misma que en el año de 1992 promulga el “Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado, relacionados con el tráfico de drogas y delitos conexos.” El mismo que brindaba a los estados diversas disposiciones para evitar el uso del sistema financiero por parte de organizaciones delincuenciales para lavar el dinero obtenido de forma ilícita.

⁴² Convencion de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias estupefacientes, 1988, https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf pg 5, consultado el 12 de marzo de 2017 a las 18:00 horas.



El GAFI (Grupo de acción financiera internacional) en el año de 1990 dicta 40 recomendaciones en contra del lavado de activos, dicho texto no tiene el carácter de vinculante para ningún estado, sin embargo adquiere mucha importancia por el hecho de que el GAFI lo conforman expertos en la materia, las mismas han tenido revisiones con el pasar de los años sin embargo mantienen el esquema principal de su inicio.

En el año de 1999 se promulga la “Ley modelo de las Naciones Unidas sobre el blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito”, que contiene disposiciones para facilitar la elaboración de normas en contra del ilícito, las mismas que los países podían adaptar a su legislación interna de manera sencilla dado que la ley presenta disposiciones en forma de opciones y variantes; el cuerpo normativo tiene esta presentación y estructura:

Presentación de la Ley Modelo

“El blanqueo de dinero, según la definición adoptada por la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol), representa todo acto o tentativa tendiente a ocultar o encubrir la naturaleza de haberes obtenidos ilícitamente a fin de que parezca que dichos haberes proceden de fuentes lícitas Definición adoptada por unanimidad por la Asamblea General de Interpol en su 64º período de sesiones celebrado en Beijing (China)

El objetivo de ese blanqueo es ocultar las ganancias ilícitas sin comprometer a los delincuentes que desean gozar del producto de sus actividades. [...] El blanqueo de dinero socava los esfuerzos realizados en el plano internacional para establecer mercados libres y competitivos y obstaculiza el desarrollo de las economías nacionales: Desvirtúa el funcionamiento de los mercados: las transacciones encaminadas a blanquear dinero pueden aumentar la demanda de efectivo, desestabilizar los tipos de interés y de cambio, causar una



competencia desleal y agravar considerablemente la inflación en los países donde los delincuentes emprenden sus negocios; Afecta la credibilidad y por consiguiente la estabilidad de los mercados financieros: si un banco se arruina debido a las actividades de la delincuencia organizada, todo el sistema financiero del un país, o de toda una región, puede, por contagio, sufrir las consecuencias. [...]

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, primer instrumento jurídico internacional en que se tuvo en cuenta esta nueva estrategia, expresa en su preámbulo el hecho de que los Estados son conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles, y garantiza que la comunidad internacional está ya decidida a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad. [...] En la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, celebrada en Nápoles del 21 al 23 de noviembre de 1994 Resolución 49/159 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los Estados reafirmaron su determinación de abatir el poder social y económico de las organizaciones delictivas y su capacidad para infiltrarse en las actividades económicas lícitas [...].

La lucha contra el blanqueo de dinero ocupó un lugar preponderante en las deliberaciones del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrado en Nueva York en junio de 1998, en el que se adoptaron medidas concretas en el marco de un plan de acción mundial para la puesta en práctica concertada de esa estrategia por los Estados Miembros [...] en el seno de otras entidades como el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) [...] remitió a los Jefes de



Estado del Grupo de los Siete un informe que contenía 40 recomendaciones destinadas a mejorar los sistemas jurídicos nacionales, fortalecer el papel del sistema financiero y reforzar la cooperación. [...] Las 40 recomendaciones, que desde entonces se han actualizado y ampliado, constituyen una referencia en el ámbito de las normas internacionales de lucha contra el blanqueo de dinero, el Comité de Basilea sobre Reglamentación y Supervisión Bancaria. Este Comité aprobó una declaración relativa a "la prevención del uso del sistema bancario para el blanqueo de capitales de origen delictivo" denominada "Declaración de Principios de Basilea", en la que instaba a los organismos financieros o bancarios a aplicar mecanismos destinados a evitar la participación, incluso involuntaria, del sistema bancario en las actividades delictivas, el Consejo de Europa Convenio del Consejo de Europa de 8 de noviembre de 1990 sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito, Consejo de Europa, Tratados europeos, STE Nº 141 o la Unión Europea Directiva Nº 91/308/CEE de 10 de junio de 1991 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, se han dictado una serie de medidas con el objeto de impedir que los sistemas financieros y bancarios se utilicen para el blanqueo del producto del delito.

La ley modelo propuesta se inspira en gran medida en esos instrumentos internacionales. Se trata de un instrumento jurídico destinado a facilitar la elaboración de disposiciones legislativas adaptadas a los países que deseen promulgar una ley contra el blanqueo de dinero o modernizar su legislación en la materia. En la ley modelo se incorporan las disposiciones más pertinentes elaboradas por las legislaciones nacionales y se modifican, se fortalecen o se completan a la luz de la práctica de los Estados en la lucha contra el blanqueo de dinero. También se proponen disposiciones innovadoras tendientes a aumentar la eficacia de las medidas de prevención y represión del blanqueo del producto del delito y se pone a la disposición de los Estados medios jurídicos adecuados para la cooperación internacional que revisten una gran importancia



estratégica y práctica. Corresponderá a cada país adaptar las disposiciones propuestas para armonizarlas, si procede, con sus principios constitucionales y los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico y completarlas con las medidas que puedan resultar más apropiadas para luchar eficazmente contra el blanqueo de dinero. No obstante, este modelo constituye un conjunto jurídico coherente. Al integrar estas disposiciones en su ordenamiento jurídico nacional, los Estados deberán velar por conservar la lógica del texto para no debilitar su alcance. Ciertas disposiciones, que se basan en el texto en su conjunto, no tendrían la eficacia deseada si se adoptaran en forma aislada o fuera de contexto [...]

La ley modelo contiene cinco títulos:

Título I. A Generalidades

Título II. Prevención del blanqueo de dinero

Título III. Detección del blanqueo de dinero

Título IV. Medidas coercitivas

Título V. Cooperación internacional.”⁴³

Como podemos observar en la introducción nos da un claro resumen de las normas en las que se ha basado la ley, su evolución e importancia, brindando un amplio punto de vista, abarcando casi en su totalidad las circunstancias que se podrían presentar frente al delito, y digo casi en su totalidad porque como

⁴³ Programa Mundial contra el blanqueo de dinero, Ley Modelo sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito (1999) http://www.infodrogas.gub.uy/html/lavado-activos/docs/juicio_simulado/comunidad_europea/Naciones_Unidas_UNODC/Ley%20Modelo%20Sobre%20Blanqueo%201999.pdf pg4, consultado el 12 de marzo de 2017 a las 18:20 horas.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

sabemos el derecho evoluciona día a día así como el comportamiento de los individuos, por ello nos encontraremos siempre a distintos cambios que se presenten con el tiempo, cabe señalar que cada año el GAFI presenta una lista de jurisdicciones consideradas de alto riesgo y no cooperativas, todo esto con el fin de precautelar los intereses de los Ciudadanos y en pro de la lucha contra éste ilícito que por su lesividad obliga a los estados a utilizar estrategias en conjunto.



3. Normativa Internacional y Nuestro Ordenamiento Jurídico.

Finalmente es necesario que indiquemos, tal como se ha podido apreciar, que el ordenamiento jurídico de nuestro país encuentra armonía con las recomendaciones internacionales y pretende combatir el lavado de activos a toda costa, es lógico que por la naturaleza del delito las legislaciones pretendan sancionarlo drásticamente a fin de evitar que los operadores de esta conducta encuentren en su territorio un punto de operaciones en el que se concentre su actividad; por ello podemos notar que los tipos tal como se encuentran reflejados tanto en la ley española como en la argentina tienen similitud con la tipificación del mismo en el COIP de nuestro país, las 3 legislaciones enumeran varios verbos rectores tales como “adquiera, posea, transmita, utilice, convierta” también se usa una fórmula abierta dentro del tipo en cada ordenamiento jurídico, por ejemplo en Argentina se utiliza la frase “de cualquier otro modo pusiere en circulación” en España “o realice cualquier otro acto” y en Ecuador “o se beneficie de cualquier manera” esto con el fin de evitar que se pueda indicar que la enumeración de verbos es taxativa y que un comportamiento ajeno a ellos estaría exento de la sanción; y claramente describen la conducta orientada con el fin de ocultar el origen ilícito como lo observamos en el numeral 2 del COIP ecuatoriano “oculte, disimule o impida la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito” así como en España “cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito” y en Argentina “con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito”

La diferencia principal de los tipos radica en la pena que se impone, puesto que nuestra legislación propone una escala en la que dependiendo de distintos supuestos como: el monto de los activos objeto del delito, la asociación para



delinquir, utilizar instituciones del sistema financiero o de seguros así como instituciones públicas o cargos de esta naturaleza, la constitución de empresas o utilización de las constituidas para el cometimiento del delito, acciones que comprenden sanciones privativas de libertad de 1 a 3 años, 5 a 7 años, 7 a 10 años y 10 a 13 años; mientras que en España la pena comprende un lapso de 6 meses a 6 años y en Argentina nos habla de un lapso de 3 a 10 años; debo señalar que en este punto nuestra legislación constituye un ejemplo en el ejercicio progresivo del ius puniendi puesto que resulta mejor que se pueda tener una tabla que garantice un lapso de sanción para el infractor, que dejar que se decida según disposiciones diversas y según la sana crítica del Juez.



Conclusiones:

Como hemos podido observar, el delito de lavado de activos comprende una conducta sumamente lesiva, puesto que por su naturaleza resulta difícil descubrir el momento en el que se da inicio al comportamiento punible, que muchas veces se encuentra íntimamente relacionado con el cometimiento de otros ilícitos, por ello nuestro ordenamiento jurídico procura evitar la impunidad del mismo brindando a Jueces y Fiscales herramientas con las que se lo pueda combatir; sin embargo como he planteado en la hipótesis del presente trabajo de investigación, y como ha ocurrido en varias ocasiones, el proceso que se encuentra planteado puede menoscabar derechos y garantías, por ello he llegado a las siguientes conclusiones:

- El lavado de activos comprende todo un proceso destinado a ocultar el origen ilícito de los bienes de manera que puedan ser utilizados como lícitos, para ello se utilizan distintos métodos que dificulten el descubrimiento del delito, el mismo que tiene sus inicios en la edad media pero que sin duda adquiere mucha importancia desde 1920 en donde la mafia disimulaba los ingresos de sus actividades camuflándolos en las ganancias de negocios de lavanderías.
- El ilícito resulta ser netamente doloso; con respecto al bien jurídico protegido es pluriofensivo, que si bien como hemos mencionado puede abarcar un conjunto bastante amplio de bienes, el más lesionado resulta el orden socio-económico de un estado, de la misma manera es importante determinar que lo más importante al momento de identificar la conducta es el origen ilícito de la fuente de ingresos, lo mismo que puede ser declarado mediante la prueba indiciaria que se pueda aportar.



- Las condiciones previas en los procesos son sumamente importantes, puesto que abarcan varios supuestos que pueden condicionar el ejercicio de la acción penal y la resolución que pueda tomar el Juez dentro de un proceso, de la misma manera podemos evidenciar que las garantías básicas del debido proceso suponen disposiciones del más alto rango, que no pueden ser menoscabadas por ninguna circunstancia incluso si la razón de minimizarlas es por motivo de prevención del cometimiento de distintos delitos.
- El lavado de activos afecta a todos los ordenamientos jurídicos y su cometimiento se lo realiza a escala internacional, por ello los estados procuran detener su cometimiento mediante distintas formas en cada país pero de la misma forma procuran establecer métodos de cooperación y control a fin de que el ilícito no atente contra sus intereses y el de sus ciudadanos.
- Tal como hemos podido abordar en la presente investigación , el procedimiento necesario para imputar a una persona el delito de lavado de activos tiene un alto riesgo de vulneración de derechos y garantías fundamentales, puesto que la línea entre actuar con rapidez y menoscabar los derechos de una persona es muy delgada, no olvidemos que antes de que el COIP entre en vigencia, se disponía la comprobación de que la fuente de ingresos sea ilícita, actualmente solo es necesaria una investigación de dicha fuente, es decir solo se necesita la sospecha, lo que a mi modo de entender las garantías de una persona no es suficiente para formular cargos en contra de la misma.



Bibliografía.

- Caparrós, Eduardo, “El delito de blanqueo de capitales”, Madrid, Colet, 1998.
- Gomes, Diego, “El delito de blanqueo de capitales en el derecho español”, Barcelona, cedecs, editorial S.I, 1996.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Orgánico Integral Penal. Quito, CEP, 2014.
- Zambrano, Alfonso, “Lavado de Activos”, 2da edición, corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2010.
- Welzel, Hans, “Derecho Penal Alemán”, Parte General, Decima Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997
- Jackobs, Gunther, “Derecho Penal Parte General”. Fundamentos y teoría de la imputación, 2da edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997
- Vaca, Ricardo. Lavado de dinero - primera parte. “El delito de lavado de activos en Ecuador” spp, Online, Internet, 20 de febrero del 2017, disponible, <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/lavado-de-dinero-primera-parte/>



- Araujo, Paulina, “La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador” Corporacion de estudios y Publicaciones, Quito, 2014.
- Palma, José. “Los delitos de blanqueo de capitales”, Edersa, Madrid 2000.
- Cobo del Rosal, M. Y Vives Anton. “Derecho Penal parte General”. 3º Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990
- Pinto Ricardo, Cheavalier Ophelie. “El Delito de Lavado de Activos como Delito Autónomo” CICAD , spp, Online, Internet 20 de febrero de 2017, disponible,
https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0ahUKEwjg5oz1o6LSAhVC1CYKHdbUBz0QFggYMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cicad.oas.org%2FLavado_Activos%2Fesp%2FGupoExpertos%2Fdocumentos%25202001-2005%2FEI%2520delito%2520de%2520lavado%2520de%2520activos%2520como%2520delito%2520autonomo.doc&usq=AFQjCNHlppsNk6AUwTFWXPeg3OSbXU7CNA&cad=rja
- Delgado, Sergio, La Prejudicialidad en Materia Penal. Ed Temis, Bogotá, 1970.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. Código Orgánico Integral Penal, CEP, Quito, 2014,Pg 65.
- Mendes de Carvalho, Érika. “Las condiciones de Procedibilidad y su ubicación sistemática. Una crítica al sistema integral de derecho penal” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194. RECPC 07-10 (2005), spp, Online, Internet, 19 de enero del 2017, disponible <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-10.pdf>
- Registro Oficial 449, Constitución de la República del Ecuador, Quito, 2008.



- Código Penal Español Edición actualizada a 11 de abril de 2016.
- Código Penal de la Nación Argentina 1984, Ley 26.683 actualizado.
- Pérez Pinzón, Introducción al Derecho Penal. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias estupefacientes, 1988, spp, Online, Internet, 12 de marzo del 2017, disponible, https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- Programa Mundial contra el blanqueo de dinero, Ley Modelo sobre blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito (1999), spp, online, internet, 12 de marzo del 2017, disponible http://www.infodrogas.gub.uy/html/lavado-activos/docs/juicio_simulado/comunidad_europea/Naciones_Unidas_UNODC/Ley%20Modelo%20Sobre%20Blanqueo%201999.pdf